Die litis contestatio

in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart.

Ein Beitrag
zur Geschichte des Zivilprozesses.

Bei der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Königlichen Universität Würzburg zum Zwecke der Habilitation eingereicht

von

Dr. Rudolf Sohm
aus Leipzig.

1914.

Die litis contestatio

in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart.

Ein Beitrag
zur Geschichte des Zivilprozesses.

Bei der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Königlichen Universität Würzburg zum Zwecke der Habilitation eingereicht

von

Dr. Rudolf Sohm
aus Leipzig.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

1914.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Meiner Braut.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549815_0202

Vorwort.

Nur ein einzelnes Institut des Prozeßrechts soll im folgenden in seiner Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart verfolgt werden. So eng begrenzt der damit der Untersuchung vorgezeichnete Weg auch ist, so wird er doch Ausblicke verschiedener Art gestatten: auf das Recht der römischen Kaiserzeit[1], auf eine eigenartige Form des Bürgschaftsvertrags in der Romagna[2]. Vor allem aber wird uns die Geschichte der litis contestatio an einem Beispiele die Geschichte des römischen Rechts seit dem frühen Mittelalter vor Augen führen: den Niedergang des römischen Rechts zu völliger Bedeutungslosigkeit[3], seine Wiederbelebung seit dem 11. Jahrhundert und die verschiedenartige Stellung, die Scholastik, Humanismus und Naturrechtslehre dem römischen Recht gegenüber einnahmen. So wird das Einzelne das Ganze spiegeln.

Voll Dankbarkeit gedenke ich der freundlichen Unterstützung, die ich von den verschiedensten Seiten bei dieser Arbeit erfahren durfte. Exzellenz Wach und die Herren Professoren Ernst Mayer und Mendelssohn Bartholdy bewiesen mir durch Rat und Tat teilnehmendes und förderndes Interesse, die Herren Professoren Gradenwitz und v. Mayr hatten die Güte, mir Stellenverzeichnisse aus dem Cod. Theod.[4]

[1] Unten §§ 6 und 9.

[2] Unten § 11.

[3] Gegen die „Kontinuitätshypothese". — Gegen diese zuletzt Kantorowicz, Z.[2] f. RG. XXXIII, Rom. Abt., S. 436 ff. — Über die Frage einer ravennatischen „Rechtsschule" vgl. unten S. 139 f. Anm. 54.

[4] Näheres unten S. 12 Anm. 5.

und dem Cod. Just.[1] zukommen zu lassen. Herr Privatdozent Dr. Peters in Leipzig verschaffte mir die Kenntnis wichtiger Hilfsmittel, Herr Privatdozent Dr. Jacobi in Leipzig stellte mir seinen wertvollen Aufsatz über den Prozeß im Decretum Gratiani[2] in den Korrekturbogen zur Verfügung. Die Verwaltungen der Reichsgerichtsbibliothek und der Universitätsbibliothek zu Leipzig kamen mir in jeder Beziehung aufs freundlichste entgegen. Insbesondere meinem Schwager, Herrn Dr. Blaß, Volontär an der Universitätsbibliothek, verdanke ich viel freundliche Unterstützung. Er hat mir die Dissertationen des 17. und 18. Jahrhunderts erschlossen. Allen Genannten sage ich meinen aufrichtigen Dank.

---

[1] Näheres unten S. 70 ff.

[2] Z.[2] f. RG. XXXIV, Kan. Abt., S. 223 ff. — Im übrigen habe ich den XXXIV. Band der Zeitschrift der Savigny-Stiftung nicht mehr benutzen können.

Leipzig, den 8. Januar 1914.

Rudolf Sohm.

Inhaltsverzeichnis.

Seite
Vorwort V
Literaturverzeichnis XV
Abkürzungen XVII
Druckfehler XVIII

§ 1. Einleitung 1

1. Die litis contestatio des Legisaktionen- und des Formularprozesses ein Vertrag (1 ff.). — 2. Dem nachklassischen Prozesse fehlt die echte litis contestatio, sie wird aber in einem bestimmten Augenblicke des Prozesses fingiert und so die Idee der klassischen litis contestatio auch im nachklassischen Prozeß erhalten (4 ff.).

Erstes Kapitel.

Der Untergang der nachklassischen litis contestatio im Abendlande.

Erster Abschnitt.

In den Ländern außerhalb Italiens.

§ 2. Überblick 11

Das Vorkommen der Worte litis contestatio und litem contestari im Breviar. Ist der Fiktionsgedanke in der Interpretatio noch lebendig?

§ 3. Die Interpretatio als Zeugnis für den Untergang der der Idee der litis contestatio 13

I. Cod. Theod. 1, 2, 10 [Brev. 7 (8)] 13

Der Fiktionsgedanke fehlt in der Interpretatio, cognosci statt intellegi.

II. Cod. Theod. 2, 4, 2 18

Das denuntiari der Konstitution, welches die Einreichung der Klagschrift bei der Behörde bezeichnet (18—22), wird in der Inter-

Seite

pretatio ersetzt durch contestari litem, was also gleichfalls Einreichung der Klagschrift (wohl in ihrer Funktion als Streiterklärung: 25) bedeutet (22). Litis contestatio heißt in der Interpretatio die Klagschrift selbst (23). Der Fiktionsgedanke ist nicht mehr lebendig (24). Dasselbe ergeben folgende Stellen:

III. Cod. Theod. 2, 4, 4 25

IV. Cod. Theod. 2, 12, 1 und 7 26

Dominus et procurator und procurator aut cognitor tantummodo (28). Das dominium litis ist in der Interpretatio von der litis contestatio gelöst. Vermengung von dominus litis und procurator in rem suam (29 f.). Auslegung der Schlußworte der Interpretatio zu 2, 12, 1 (31 f. Anm. 70).

V. Interpretatio zu Nov. Valent. 35 (Brev. 12) 33

VI. Weitere Argumente 34

1. Stellen des Breviars, in denen litem contestari zwar im Text der römischen Quelle, nicht aber in der Interpretatio auftritt (34—36): a) Paulus visig. 1, 13, 9; b) Cod. Greg. 3, 5 (1); c) Cod. Hermog. 2, 1; d) Cod. Theod. 5, 18 (Brev. 10), 1 und 4, 14 (Brev. 12 [13]), 1. — 2. Paulus visig. 5, 10, 2 (37). — 3. Fehlen der von der litis contestatio handelnden Stellen des vollständigen Gaius im westgotischen Gaius (37).

VII. Nachklänge der nachklassischen litis contestatio in der Interpretatio 37

VIII. Ergebnis 38

§ 4. Die späteren westgotischen Quellen und die Literatur zum Breviar als Zeugnisse für das Verschwinden auch der Worte litis contestatio und litem contestari 38

I. Spätere westgotische Quellen 38

Prozeßkostengesetz des Königs Theudis; lex Visigothorum; Volkhamer Kapitel; Etymologien Isidors.

II. Literatur zum Breviar 40

1. Die Epitomen (40—49). — 2. Die Explanationes Titulorum, die Glossen zum Breviar, die lex Romana Raetica Curiensis (49—57). — Anhang: Benedictus Levita und Pseudoisidor (57—59).

§ 5. Die burgundischen und fränkischen Quellen 59

I. Lex Rom. Burg. 60

II. Fränkische Quellen 61

§ 6. Ergebnis und Fragen 62

Wie kommt es, daß die Interpretatio mit litem contestari die Einreichung der Klagschrift bezeichnet (vgl. § 3)? Bezeugt die

Seite

Interpretatio die „Versteinerung" einer Entwicklungsstufe der nachklassischen litis contestatio? (63—66). — Die Versteinerung müßte nach Lage der Quellen etwa zu der Zeit erfolgt sein, in der Spanien und Südgallien dem Westreich verloren gingen (67).

Zweiter Abschnitt.

In Italien.

§ 7. Überblick 68

§ 8. Die Summa Perusina als Zeugnis für den Untergang der Idee der litis contestatio 69

I. Die einschlägigen Stellen des Codex 71

II. Die Summen der Summa Perusina (S. P.) zu den unter I festgestellten Stellen des Codex 75

1. Ersatzloses Verschwinden der Worte litis contestatio oder litem contestari an vielen Stellen der S. P. (75—77). — 2. Ersatz für diese Worte an manchen Stellen der S. P. (77—79). — 3. An einigen Stellen der S. P. auch ein Rest der litis contestatio im Wortlaut der Summen (79—80); Hauptstelle: 3, 9, 1 (80).

III. Weitere Stellen der S. P. 81

IV. Wie steht die S. P. zur litis contestatio? 84

Die Worte litis contestatio und litem contestari sind noch lebendig, die nachklassische Idee der litis contestatio aber ist untergegangen (84 f.), die litis contestatio der S. P. ist lediglich ein äußerer Vorgang, und zwar (nach 3, 9, 1) die auf Grund richterlicher interlocutio durch den executor bewirkte Zustellung der Klagschrift (85—90).

§ 9. Die litis contestatio der Summa Perusina eine versteinerte nachklassische litis contestatio 90

Hat es innerhalb der nachklassischen Epoche Zeiten gegeben, in denen die Zustellung der Klagschrift (vgl. § 8 a. E.) den Augenblick der nachklassischen litis contestatio bestimmte? (90 f.).

I. Quellen aus der ersten Hälfte des 4. Jahrhunderts 92

II. Quellen aus dem 5. Jahrhundert 92

1. Cod. Theod. 5, 18, 1 (Brev. 5, 10, 1) von 419, § 5 (92—95). — 2. Cod. Theod. 4, 14, 1 (Brev. 4, 12, 1) von 424, § 1, Satz 1—3 (96—100). — 3. Die Zustellung der Klagschrift galt damals allgemein und nicht nur für die Unterbrechung der Verjährung als Zeitpunkt der litis contestatio: Cod. Theod. 2, 12, 7 (100—102). — 4. Dieser Rechtszustand hat vermutlich noch 452 gegolten: Nov. Valent. 35 § 13 (102 bis 104); nicht mehr aber seit dem Ausgange des 5. Jahrhunderts:

Seite

Cod. Just. 12, 29, 3; 7, 39, 7 (104 f.); aber erst justinianische Quellen (Cod. Just. 3, 1, 14, 4 und 3, 9, 1) sprechen klar aus, daß die litis contestatio im Beginn der mündl. Verhandlung liegen soll (S. 105 f.).

III. Die litis contestatio der S. P. als die versteinerte vorjustinianische litis contestatio 106

Die Versteinerung ist vor der Einführung der justinianischen Gesetzgebung in Italien (538), wahrscheinlich bereits zur Zeit des Unterganges des Westreichs, eingetreten (106—110).

§ 10. Das Verschwinden auch der Worte litis contestatio und litem contestari 110

I. Gesetzgebung und Praxis 111

1. Ostgotische Quellen: a) Ed. Theoderici, b) Cassiodor (111 f.). — 2. Langobardische Quellen (113). — 3. Rom (113—116).

II. Die Theorie 116

Die jüngeren Summen zur Epitome Juliani (116—120). — Collectio Anselmo dedicata; Lex Romana canonice compta; Pistojeser Glosse zur Epitome Codicis (120—123).

§ 11. Ravenna 124

Eindringen der versteinerten justinianischen litis contestatio in das Exarchat Ravenna während der byzantinischen Herrschaft. Völlige Verschollenheit auch dieser versteinerten litis contestatio um das Jahr 1000. Quellen dafür: 7 Urkunden von 885 bis etwa 1025 (Hübner Nr. 804, 897, 1002, 1162, 1193, 1209, 1260), die einen eigentümlichen Bürgschaftsritus bezeugen (insbes. S. 134). — Die ravennatische „Rechtsschule" um das Jahr 1000 (138—140).

§ 12. Ergebnis 140

Versteinerung der litis contestatio überall dort, wo das Westreich unterging. Dann auch Verschwinden der Worte litis contestatio und litem contestari.

Zweites Kapitel.

Die litis contestatio im 2. Jahrtausend.

§ 13. Einleitung 145

Erster Abschnitt.

Das Wiedererscheinen der litis contestatio.

§ 14. In Italien 146

I. Zweifelhaftes 146

Seite

Urk. von 1029, Hübner Nr. 1274 (146 f.); Konstitution über die Klagformeln (147 f.); Papias (149).

II. Das älteste zweifellose und sicher datierbare Zeugnis für das Wiedererscheinen der litis contestatio 149

Urk. von 1077, Hübner Nr. 1463.

III. Die ältesten Zeugnisse aus theoretischen Schriften 150

1. Expositio (150—154). Alter der Exp. (Anm. 20 f.). — 2. Fingierte Konstitution Justinians über den Rechtsgang (154—157). — 3. Abhandlung De accionum varietate et vita seu longitudine (157 f.). — 4. Kölner Institutionenglosse (158).

§ 15. In Frankreich 159

Zweifelhaft: Ivo (159). — Sicher: Ashburnhamer Rechtsbuch, Exceptiones Petri (159—161); Extravaganten des Tübinger Rechtsbuchs (161 f.); Brachylogus (162 f.).

§ 16. In Deutschland 163

Privileg Friedrichs I. für Speyer von 1182 (163 f.). — Ausbreitung der litis contestatio über die geistlichen Gerichte Deutschlands seit der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts. Ältestes Zeugnis: Urk. von 1226 (164 f.). — Offizialat (165 f.). — Introductorium des Hermann von Schildesche; Vocabularius Halensis (166 f.).

§ 17. Anhang: England und Spanien 167

I. England 167

Vacarius, um 1149 (167 f.). — Glanvilla und Bracton (168 f.). — Dauernd bleibt die litis contestatio in England nur im kanonischen Prozeß (170).

II. Spanien 170

Litis contestatio zuerst im Fuero Real. Siete Partidas.

Zweiter Abschnitt.

Die mittelalterliche litis contestatio.

§ 18. Das Fehlen des Fiktionsgedankens 172

Der Fiktionsgedanke nur scheinbar vorhanden in der Expositio, den Exceptiones Petri und dem Brachylogus (173); er fehlt zweifellos in der fingierten Konstitution Justinians über den Rechtsgang (174). Dasselbe ergeben:

I. Zeugnisse aus der Zeit zwischen 1150 und 1234 175

1. Rogerius, 2. Paucapalea, 3. Stephanus Tornacensis, 4. Lo Codi (175 f.), 5. Ulpianus de edendo, 6. Libellus de verbis legalibus (176), 7. die Schrift: De verbis quibusdam legalibus, 8. Epi-

Seite

tome exactis regibus, 9. Placentinus (177), 10. Ordo jud. ed. Kunstmann, 11. Ordo jud. ed. Groß (178 f.), 12. Ricardus Anglicus, 13. Joh. Bassianus, 14. Pillius (179), 15. Azo, 16. Damasus, 17. Tancred, 18. Ordo jud. Antequam (180 f.), 19. Rainerius de Perusio (181).

II. Liber extra 181

1. X 1, 6, cap. 54 § 3 (181 f.), 2. X 2, 5, cap. un. mit Glosse (182).

III. Spätere Zeugnisse 182

1. Hostiensis (182 f.), 2. Durantis (183). — Jo. Andreae, Maranta, Urbach (183 f.).

§ 19. Die falsche Deutung des Wortes contestatio durch die mittelalterliche Doktrin als die Ursache der Eigentümlichkeiten der mittelalterlichen litis contestatio . . 185

I. Litis contestatio, als Erklärung der Streitabsicht verstanden 185

Verschollenheit der Festusstellen über contestari litem und contestari (186). — Innocenz IV., Cinus (186), Bartolus, Baldus, Panormitanus, Decisiones Rotae (187 f.). — Affirmative und negative litis contestatio (188).

II. Folgen der falschen Deutung 189

1. Animus litem contestandi (189 f.). — 2. Protestation (190—192). — 3. Die litis contestatio als feierlicher Prozeßakt (192 f.).

III. Ergebnis 193

Scholastizismus der Rechtsbildung. Sehnsucht nach dem reinen quellenmäßigen Prozeßrechte.

§ 20. Das Schicksal des Vertragsgedankens 195

Die Quelle: Dig. 15, 1, 3, 11 (§ Idem scribit) wird bezogen:

I. auf das Urteil von Accursius, Odofredus, Albericus de Rosciate 195

II. auf die litis contestatio von Martinus (?) und Azo; die litis contestatio als Quasikontrakt 196

III. Vereinigung beider Lehren durch Bartolus 197

IV. Spätere Theoretiker 200

§ 21. Ergebnis 202

Die mittelalterliche litis contestatio als Produkt der Theorie, nur vermeintliche, nicht wirkliche Wiedergeburt der antiken litis contestatio (202—204). — Die Praxis (204 f.). — Fiktion der mittelalterlichen litis contestatio (204—206). — Litis contestatio als Einlassung (207).

Seite

Dritter Abschnitt.

Die litis contestatio der Neuzeit.

§ 22. Die deutsche Praxis bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts 208

Der Fiktionsgedanke fehlt. Die litis contestatio ein äußerer Vorgang, die Einlassung (208—211). — Generalformel (211). — Spezielle litis contestatio (211—215).

§ 23. Die Theorie 215

Scholastik, Naturrecht und Humanismus (215 f.). — Bekanntwerden der Festusstellen über contestari litem und contestari (217 f.).

§ 24. Fortsetzung (Donellus) 219

Trübung historischer Erkenntnis durch naturrechtliche Vorurteile. Die „natürliche" litis contestatio.

§ 25. Fortsetzung (die litis contestatio als Institut des Naturrechts) 222

Die Neuzeit übernimmt die litis contestatio des Mittelalters als ein Institut des Naturrechts (223). — Die litis contestatio bleibt ein äußerer Vorgang (223—226). — Es bleibt die Auffassung der litis contestatio als eines Quasikontraktes (226—228). — Nur Donellus erklärt sie für einen echten Vertrag (228 f.).

§ 26. Fortsetzung (das 19. Jahrhundert) 230

Trotz des Aufkommens der historischen Schule behauptet sich die naturrechtliche Auffassung der litis contestatio noch lange Zeit.

§ 27. Ergebnis 234

Abhängigkeit der litis contestatio des 2. Jahrtausends vom klassischen Ideal.

Schluß. § 28 236

Abermaliger Untergang der litis contestatio, bedingt durch den Untergang des klassischen Ideals.

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilproceſſes geſchichtlich entwickelt. München 1835.

v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geſchichtlicher Entwicklung. Bonn 1864 ff.

Boretius, Praefatio ad librum Papiensem, MG. LL. IV, S. XLVI ff.

Briegleb, Einleitung in die Theorie der ſummariſchen Prozeſſe. Leipzig 1859.

Brunner, Deutſche Rechtsgeſchichte, II und I, 2. Aufl. (zit.: I^2). Leipzig 1892 und 1906.

— Grundzüge der deutſchen Rechtsgeſchichte. 6. Aufl. München und Leipzig 1913.

Conrat (Cohn), Die Epitome exactis regibus. Berlin 1884.

— Geſchichte der Quellen und Literatur des Römiſchen Rechts im früheren Mittelalter. Leipzig 1891 (oft nur mit dem Namen des Verfaſſers zitiert).

— Breviarium Alaricianum . . . in ſyſtematiſcher Darſtellung. Leipzig 1903.

— Die lex Romana canonice compta, Römiſches Recht im frühmittelalterlichen Italien, in ſyſtematiſcher Darſtellung. Amſterdam 1904.

— Die Entſtehung des Weſtgothiſchen Gaius. Amſterdam 1905.

— Der Weſtgothiſche Paulus. Amſterdam 1907.

Cuiacius: Jacobi Cuiacii IC. Tolosatis opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta. Venetiis (von Band IV an: Mutinae) MDCCLVIII ff.

Donellus, Hugonis Donelli iurisconsulti et antecessoris opera omnia . . . Romae (Maceratae) MDCCCXXVIII ff.

Endemann, Civilprozeßverfahren nach der kanoniſtiſchen Lehre. Sonderabdruck aus der Zeitſchrift für Deutſchen Civilprozeß. Berlin 1890.

Ficker, Forſchungen zur Reichs- und Rechtsgeſchichte Italiens. Innsbruck 1868 ff.

— Über die Zeit und den Ort der Entſtehung des Brachylogus iuris civilis. Wien 1871.

Fitting, Juriſtiſche Schriften des früheren Mittelalters. Halle 1876.

— Über die Heimat und das Alter des ſogenannten Brachylogus. Berlin und Leipzig 1880.

— Die Inſtitutionengloſſe des Gualcauſus. Berlin 1891.

Fournier, Les officialités au moyen age. Paris 1880.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 6. Aufl. Leipzig 1909.

Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten, I, II, III. In: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausg. von O. Gierke, Heft 56, 64, 89. Breslau 1899 ff.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Leipzig 1903 ff.

— System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Leipzig 1912.

Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. von Seckel. Jena 1907.

Himstedt, Die neuen Rechtsgedanken im Zeugenbeweis des oberitalienischen Stadtrechtsprozesses des 13. und 14. Jahrhunderts (Zivilprozeßrechtliche Forschungen, herausg. von Richard Schmidt, Heft 5). Berlin und Leipzig 1910.

Hübner, Gerichtsurkunden der fränkischen Zeit. Z.² f. RG. XII und XIV, germ. Abt.

Hupertz, Quaestiones historicae de litiscontestationis iuris canonici indole ac natura. Diss. Aquisgrani MDCCCLXX.

von Ihering, Rudolph, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, 5. Aufl. Leipzig 1891.

Keller, Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht. Zürich 1827.

— Der Römische Civilproceß und die Actionen. 6. Ausg. von Wach. Leipzig 1883.

Kipp, Die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im römischen Civilprozeß. Leipzig 1887.

Kleinfeller, Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides in Deutschland. Berlin 1891.

Koschaker, Translatio iudicii. Graz 1905.

Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. Aufl. München und Leipzig 1912. In Binding: Syst. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaften. 1. Abt., 2. Teil.

Mitteis, bei Wessely, Corpus Papyrorum Raineri, I. Wien 1895. S. 61 ff.

— Zur Lehre von den Libellen und der Prozeßeinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit (Berichte über die Verhandlungen der Königl. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, philologisch-historische Klasse, LXII, 4. Heft). Leipzig 1910.

Mitteis und Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, II: Juristischer Teil, von Mitteis, 1: Grundzüge, 2: Chrestomathie. Leipzig-Berlin 1912.

Müchel, Das Verfahren bis zur Litiscontestation im ordentlichen canonischen Civilprozeß. Leipzig 1870.

Ober, Die Rezeption der kanonischen Zivilprozeßformen und des Schriftlichkeitsprinzips im geistlichen Gericht zu Straßburg, Archiv für kath. Kirchenrecht, XC. Mainz 1910. S. 599 ff.

Partsch, Josef, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse Breslau 1905.

Patetta, Ausg. der Summa Perusina, mit Praefatio, Bull. XII, 1900.

Riedner, Das Speierer Offizialatsgericht im dreizehnten Jahrhundert (Erlanger Diss.). Speier 1907 (nach dem Titelblatt auch in den Mitt. des hist. Vereins der Pfalz, Heft 29/30).

Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.

v. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Zweite Ausgabe. Heidelberg 1834 ff.

— System des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1840 ff.

Schmidt, Richard, Die Klagänderung. Leipzig 1888.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.

v. Schulte, Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart. Stuttgart 1875/80.

Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter. Tübingen 1898.

— s. unter Heumann.

Sohm, Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts. 14. Aufl. Leipzig 1911.

Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft. München und Leipzig 1880 ff. (II herausg., III verfaßt von Landsberg).

Tardif, Étude sur la litis contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français. Thèse pour le doctorat. Paris 1881.

Teichmann, De litis contestationis iuris canonici indole. Berolini (MDCCCLXVII).

Wach, Der Arrestproceß in seiner geschichtlichen Entwicklung. Leipzig 1868.

— Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I. Leipzig 1885.

Wetzell, System des ordentlichen Civilproceßes. Leipzig 1878.

Wieding, Der justinianeische Libellprozeß. Wien 1865.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß. Leipzig 1889.

Abkürzungen.

Bull. = Bullettino dell' istituto di diritto romano publicato per cura del segretario perpetuo Vittorio Scialoja. Roma 1889 ff.

Du Cange = Glossarium mediae et infimae latinitatis conditum a Carolo Dufresne Domino Du Cange auctum a monachis ordinis S. Benedicti cum supplementis integris D. P. Carpenterii . . . digessit G. A. L. Henschel, Parisiis 1840 seqq.

MG. = Monumenta Germaniae historica (LL. = Leges; MG. Form. = MG. LL. sectio V, Formulae Merovingici et Karolini aevi, ed. Zeumer, Hannoverae MDCCCLXXXVI).

N.S. – Neue und vollſtändigere Sammlung der Reichsabſchiede. Frankfurt am Mayn, bey Ernſt Auguſt Koch, MDCCXXXXVII.

Pauly-Wiſſowa = Paulys Real-Encyclopädie der claſſiſchen Altertumswiſſenſchaft. Neue Bearbeitung ... herausg. von Georg Wiſſowa. Stuttgart 1894 ff.

Z.[1] f. RG. = Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte. Weimar 1861 ff.

Z.[2] f. RG. – Zeitſchrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeſchichte. Weimar 1880 ff. (Im Zweifel beziehen ſich die Zitate auf die Rom. Abteilung.)

Druckfehler.

S. 120 f. bei Anm. 57: ſtatt dedicta lies: dedicata.

§ 1. Einleitung.

Auf den folgenden Blättern soll eine Untersuchung über die litis contestatio des Mittelalters und der Neuzeit ihren Platz finden. Es muß dabei gleich zu Anfang betont werden, daß diese Untersuchung nicht abschließend sein kann. Erst wenn es einmal möglich sein wird, über die litis contestatio des Altertums in allen ihren Entwicklungsstufen ein auch in den Einzelheiten wohl begründetes und abgerundetes Bild zu entwerfen, wird auch von der litis contestatio der späteren Zeiten eine abschließende Darstellung gegeben werden können.

Dennoch dürfte schon heute eine Prüfung insbesondere der mittelalterlichen Quellen, die zum Teil überhaupt noch nicht für die Geschichte der litis contestatio verwertet worden sind, die Mühe lohnen. Es ist schon heute möglich, den Beweis zu führen, daß im Laufe des frühen Mittelalters die litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses untergegangen ist, daß daher die litis contestatio der spätmittelalterlichen Doktrin und Praxis keinen unmittelbaren geschichtlichen Zusammenhang mit der antiken litis contestatio aufweist. Überdies kann wahrscheinlich gemacht werden, daß diese im späteren Mittelalter neu erstandene litis contestatio lediglich ein Erzeugnis der Theorie ist, beruhend auf einer falschen Deutung der Worte contestatio und contestari, geboren aus der Sehnsucht nach dem reinen römischen Recht, ein Stück Renaissance.

Ein Blick auf das römische Recht muß die Ausführungen über das Mittelalter vorbereiten. Wir werden versuchen, unter Beschränkung auf das Notwendigste die Ergebnisse der romanistischen Literatur zusammenzufassen.

1. Die litis contestatio des Legisaktionen- und des Formularprozesses ist ein Vertrag.

Von dieser Auffassung aus schrieb Jhering[1] seine wahrhaft an Geist reiche Darstellung des Prozesses der römischen Urzeit; die Forscherarbeit Wlassaks[2] aber dürfte die Vertragsnatur der litis contestatio in so hohem Grade wahrscheinlich gemacht haben, daß man trotz des von Gelehrten ersten Ranges[3] erhobenen Widerspruches wohl einmal versuchen darf, von dem von Wlassak verteidigten Standpunkte aus in die späteren Zeiten vorzudringen.

Die Vertragstheorie erscheint wie keine andere geeignet, die litis contestatio geschichtlich verständlich zu machen. Man versetze sich in eine Zeit, die den Gedanken noch gar nicht gedacht hat, daß ein Rechtsstreit durch eine über den Parteien stehende Gewalt mit einer beide Parteien bindenden Wirkung entschieden werden könne, wo nur die in strengen Formen einherschreitende Eigenmacht zur Rechtsverwirklichung führt. Welch ein Fortschritt ist es da, wenn die Parteien einen Vertrag miteinander abschließen, des Inhalts, daß alles, was zwischen ihnen streitig ist, durch den Spruch eines Unparteiischen entschieden werden

---

[1] Geist I, S. 167 ff.

[2] Vgl. insbes. die Litiskontestation, S. 56 f. und Z.² f. RG. XXV, S. 138 a. E., XXXIII, S. 95 und 99. — An Wlassak schließen sich an insbesondere Lenel, Z.² f. RG. XXIV, S. 329 ff. und XXX, S. 329 ff.; Sohm, Institutionen, S. 278; Koschaker, Translatio iudicii, S. 4, wo weitere Anhänger der Lehre aufgeführt sind; ferner Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 363 a. E.; R. de Ruggiero, Bull. XVII, S. 183 ff.

[3] Vgl. Hölder, Z.² f. RG. XXIV, Rom. Abt., S. 197 ff., insbes. S. 217 ff. (dagegen Lenel ebenda, S. 329 ff.) und XXXI, S. 371 ff., insbes. S. 382; Bekker ebenda, XXIV, S. 344 ff., insbes. S. 361; Schloßmann, Litiscontestatio (1905), S. 124 ff.; Hellwig, Lehrbuch II, S. 5 bei Anm. 19. Auch Seckel (Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klass.-röm. R., Sonderdruck aus der E. J. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift: „Aus Römischem und Bürgerlichem Recht", S. 6 Anm. 4) scheint die Vertragstheorie abzulehnen. — Bekker hat sich später (Z.² f. RG. XXVII, S. 1 ff.) zu einer „Korrektur" seiner früheren Meinung entschlossen (S. 20), bezeichnet aber „die Wlassaksche Lehre, daß die L.K. ein Vertrag unter den Parteien sei, doch nur als halbwahr und leicht irreleitend" (S. 21).

soll[4]. In dem Schiedsrichter erscheint der Urtypus des römischen iudex, in dem Schiedsvertrag die Urform der litis contestatio[5].

Die Vertragstheorie erklärt aufs einfachste die Novationswirkung der litis contestatio: Als Vertrag bewirkt die litis contestatio das Erlöschen des alten Rechtsverhältnisses (tollitur obligatio litis contestatione) und den Beginn des teneri litis contestatione[6], d. h. die Tatsache, daß „das Schicksal der Streitsache ganz und gar beschlossen" ist „in dem einverständlich begründeten Gerichtsverfahren"[7]. Durch den Vertrag tritt das Prozeßrechtsverhältnis an die Stelle des alten Rechtsverhältnisses. Dieses ist infolge der litis contestatio erloschen. Es kann nicht noch einmal durch Zeitablauf oder Tod erlöschen. Es folgt daraus die „Perpetuierung der unvererblichen und Temporalklagen"[8].

Durch den Spruch des iudex wird das Prozeßrechtsverhältnis in das dem Urteil entsprechende Rechtsverhältnis verwandelt. Es beginnt das judicatum facere oportere[9]. Der Vertrag der Parteien ist die Grundlage für die bindende Kraft des Urteils: Er kettet die Parteien an den Spruch des iudex; er schafft die Grundlage für die Rechtskraft des Urteils; er erklärt die Grenzen der Rechtskraft: sie gilt nur unter den am Vertrage beteiligt gewesenen Parteien (inter easdem personas)[10].

---

[4] Vgl. Jhering, Geist I, S. 167 ff.

[5] Vgl. Jhering, Geist I, S. 171; Wlassak, Litiskont., S. 54 f., Z.² f. RG. XXV, S. 139 Anm. 1 („Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinen Ursprung im Schiedsgericht"); Lenel, Z.² f. RG. XXIV, S. 324 f.; Rabel, Z.² f. RG. XXXII, S. 421; Rosenberg, Stellvertretung, S. 364; vgl. auch R. de Ruggiero a. a. O. und Collinet, La nature originelle de la litis contestatio (Nouvelle revue historique de droit français et étranger XXVI, S. 529 ff.).

[6] Gai. III, 180.

[7] Wlassak, Litiskont., S. 57 Anm. 1.

[8] Vgl. Keller-Wach S. 306 Anm. 713.

[9] Gai. III, 180.

[10] Vgl. Bethmann-Hollweg II, S. 651. — Abweichend allerdings Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen (1911), S. 149 ff.

Ihren Namen hat die litis contestatio bekanntlich von einer bei dem Vertragsschlusse stattfindenden Zeugenaufrufung[11].

2. Der nachklassische Prozeß ist der Nachfolger, aber nicht der Nachkomme des Ordinarverfahrens der klassischen Zeit. Er ist ein Verfahren ohne Privatgericht, ohne einen iudex im klassischen Sinne. Es fehlt der Schiedsvertrag, die echte litis contestatio[12].

Dennoch sprechen die Quellen des nachklassischen Prozesses wiederholt von einer litis contestatio. Die Römer waren viel zu praktisch und viel zu gute Juristen, um die aus der litis contestatio entspringenden Vorteile dem Verfahren ohne echte litis contestatio vorzuenthalten. Mußte nicht auch hier das Bedürfnis vorhanden sein, etwa der Klagenperpetuierung Eingang zu verschaffen? Ja, es wird wohl die Frage erlaubt sein, ob nicht der Umstand, daß der Spruch der Beamten infolge seiner Abstammung von dem obrigkeitlichen Befehl einer Rechtskraft grundsätzlich ermangelte[13], zu einer Abhilfe mit den Mitteln des Ordinarverfahrens drängen mußte.

Man konnte die Wirkungen der litis contestatio in das Verfahren ohne litis contestatio übernehmen, wenn man zum

---

[11] Vgl. die Stellen bei Festus (Bruns-Gradenwitz, Fontes, Script., S. 5 f.):

Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: „Testes estote".

Contestari est, cum uterque reus dicit: „Testes estote".

Dazu insbes. Wlassak, Litiskont., S. 69 ff., 77.

[12] Wohl kennt auch das nachklassische Verfahren Formeln, deren Ähnlichkeit mit den Formeln des Formularprozesses unverkennbar ist (vgl. Bekker, Aktionen II, S 227; Wenger, Art. Formula bei Pauly-Wissowa XII. Halbb., S. 2867). Aber auch wo die Formeln vorkommen, fehlt die echte litis contestatio (vgl. Wenger a. a. O.). Die Formel soll lediglich die Vertretung des Oberrichters durch den Unterrichter ermöglichen. Denn grundsätzlich müßte – welch ein Gegensatz zum Formularprozeß! – der Oberrichter den Prozeß selbst zu Ende führen. Vgl. Wlassak, Art. Arbiter bei Pauly-Wissowa; Mitteis, Papyruskunde II, 1, S 43; Partsch, Schriftformel, S. 76; Wenger, Z.[2] f. RG. XXVI, S. 531.

[13] Celsus, Dig. 42, 1, 14: Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.

Hilfsmittel der Fiktion griff. Und so ist man auch tatsächlich verfahren: Man fingierte die litis contestatio. Kraft Rechtssatzes galt der Prozeßvertrag litis contestatio in einem bestimmten, durch einen äußeren Prozeßvorgang bezeichneten Augenblicke als abgeschlossen. Der äußere Prozeßvorgang ist nicht als solcher die litis contestatio. Er bestimmt nur den Zeitpunkt für das jeweilige Inkrafttreten der Fiktion, kraft deren die litis contestatio als abgeschlossen gilt.

Der Fiktionsgedanke ist unmittelbar bezeugt in einer Konstitution des Codex Theodosianus[14]:

Dubium non est contestationem intellegi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae . . .

Die Einreichung der Bittschrift an den Kaiser soll der äußere Vorgang sein, an den im Reskriptsprozeß die fingierte litis contestatio geknüpft ist. Aus dem intellegi und der in dem Bedingungssatz enthaltenen Zeitbestimmung ergibt sich, wie klar den Kaisern die Tatsache war, daß die precum oblatio nicht als solche eine litis contestatio ist, daß sie vielmehr nur den Zeitpunkt bezeichnet, in dem kraft gesetzlicher Fiktion die litis contestatio als vollzogen gilt.

Ebenso legt Justinian Zeugnis für den Fiktionsgedanken ab: Er nimmt nicht nur die eben angeführte Konstitution aus dem Codex Theodosianus in seinen Codex auf[15], sondern er sagt auch selbst in der interpolierten[16] Konstitution Cod. Just. 3, 9, 1: . . . lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit; d. h. in dem angegebenen Zeitpunkte soll die Rechtslage so beurteilt werden (videtur), als ob eine litis contestatio im Sinne des klassischen Rechts zustande gekommen wäre.

Daß in diesen Fällen eine echte litis contestatio im klassischen Sinne nicht wirklich vorlag, konnte Justinian nicht unbekannt sein. Denn in den Digesten Justinians[17] steht das Wort des

[14] 1, 2, 10 (a. 396).

[15] Cod. Just. 1, 20, 1.

[16] Wlassak, Art. Actio bei Pauly-Wissowa unter II a. E.; Tardif S. 16 f.

[17] Dig. 15, 1, 3 § 11, der seit der Zeit der Glossatoren viel be

Marcellus: sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi. Noch zur Zeit Justinians wußte man also, daß die litis contestatio grundsätzlich ein Vertrag ist[18]. Wenn dennoch der Begriff der litis contestatio mit der Einreichung der Bittschrift beim Kaiser oder mit einem Vorgang im Beginn der mündlichen Verhandlung verknüpft wird[19], so folgt daraus und aus dem videtur in Cod. Just. 3, 9, 1, daß das Wort litis contestatio noch für Justinian nicht den äußeren Vorgang als solchen, sondern nur die im Augenblick dieses äußeren Vorgangs zu fingierende litis contestatio im Sinne des klassischen Rechts bezeichnete.

Wie wäre es auch zu verstehen, wenn zwei so verschiedene Dinge, wie ein Vorgang im Beginn der mündlichen Verhandlung und die Einreichung der Bittschrift beim Kaiser, als solche dasselbe, nämlich eine litis contestatio, sein sollten! Wohl aber können beide Vorgänge trotz ihrer Verschiedenheit dazu dienen, den Zeitpunkt der fingierten litis contestatio zu bestimmen.

Ich glaube, mich im Einklange mit Wlassak[20] zu befinden, welcher lehrt, daß „nach der Absicht des Kaisers" die justinianische litis contestatio „dem gleichnamigen Akt des klassischen Rechts entsprechen sollte".

Die Frage, welcher äußere Prozeßvorgang den Zeitpunkt der fingierten litis contestatio zu den verschiedenen Zeiten und bei den verschiedenen Arten des nachklassischen Prozesses bestimmt hat[21], bleibt hier außer Betracht[22]. Es kommt an dieser Stelle

---

handelte Paragraph idem scribit. Dazu Wlassak, Litiskont., S. 60 Anm. 2, S. 64 Anm. 1.

[18] Dies ist auch dann anzunehmen, wenn das Wort des Marcellus bereits in der zu vermutenden vorjustinianischen Kompilation (vgl. Peters, Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten, Sitz.-Ber. der Sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. LXV, 1, 1913, insbes. S. 71 u 86 ff.) enthalten gewesen ist.

[19] Vgl. auch Cod. Just. 3, 1, 14 § 4 und 2, 58, 2 pr.

[20] Art. Actio bei Pauly-Wissowa unter II a. E.

[21] Nicht erschöpfend und m. E. nicht zutreffend ist die Behandlung dieser Frage bei Tardif S. 19 ff.

[22] Im Laufe der Untersuchung wird diese Frage gelegentlich berührt werden müssen. Vgl. insbes. unten §§ 6 und 9.

nur darauf an, den Fiktionsgedanken als das Merkmal der nachklassischen litis contestatio festzustellen: Kraft Rechtssatzes galt in einem durch einen äußeren Prozeßvorgang bestimmten Augenblicke eine litis contestatio im Sinne des klassischen Rechts für vollzogen. Der äußere Vorgang als solcher, ohne die mit ihm verbundene Fiktion, ist nicht die litis contestatio. Der Fiktionsgedanke war es, der trotz des Untergangs der klassischen litis contestatio die Idee dieser litis contestatio im nachklassischen Recht am Leben erhielt.

Erſtes Kapitel.

Der Untergang der nachklaſſiſchen litis contestatio im Abendlande.

Erſter Abſchnitt.

In den Ländern außerhalb Italiens.

§ 2. Überblick.

Bis zu der Zeit, da die Schule von Bologna dem corpus iuris Juſtinians ſeine Weltſtellung gab, war für das außeritalieniſche Abendland die weitaus im Vordergrunde ſtehende Quelle römiſchen Rechts das Breviarium Alarici[1]. Eine Unterſuchung über das Schickſal der litis contestatio in den weſtlichen Ländern wird ſich daher in erſter Linie mit dem Breviar zu befaſſen haben. Außerdem ſind die Erzeugniſſe der Literatur zum Breviar, ſowie die übrigen weſtgotiſchen, die burgundiſchen und die fränkiſchen Quellen zu berückſichtigen.

Wer an das Breviarium Alarici mit der Frage herantritt, ob in ihm die nachklaſſiſche litis contestatio noch lebendig iſt, der findet, daß in den in das Breviar aufgenommenen Kaiſergeſetzen und ſonſtigen römiſchen Quellen einmal[2] das Wort contestatio in der Bedeutung: litis contestatio, neunmal[3] die Wendung lis contestata und einmal[4] ein litem contestari ent-

---

[1] Vgl. Conrat, Geſch., S. 31 ff. — Ausg.: Lex Romana Visigothorum, instruxit Gustavus Haenel, Lipsiae MDCCCXLVIIII. Soweit angängig, ſind einſchlägige neuere Ausgaben benutzt, insbeſondere die Ausgabe des Cod. Theod. von Mommſen und Meyer: Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes. Berolini MDCCCCV.

[2] Lex Rom. Vis. Cod. Theod. 1, 2, 7 (8) = Cod. Theod. 1, 2, 10 (oben S. 5).

[3] Lex Rom. Vis. Cod. Theod. 2, 12, 7; 4, 12 (13) (Cod. Theod. 4, 14), 1 § 1; 5, 10 (Cod. Theod. 5, 18), 1 § 5; eod. Nov. Valent. 12 (Nov. Valent. 35) § 13 (viermal); eod. Cod. Gregor. 3, 5 (1), 1 (dieſe Stelle ſteht auch in dem bei Haenel, Ausgabe der Lex Rom. Vis., S. 452 f. abgedruckten Appendix); eod. Cod. Hermog. 2, 1.

[4] Lex Rom. Vis. Pauli sent. 1, 13, 9 (10) (= Paulus, sent. 1, 13 B, 4).

halten ist[5], und daß auch sonst Zeugnisse für die Geschichte der (in diesen Fällen nicht bei Namen genannten) nachklassischen litis contestatio in das westgotische Gesetzbuch aufgenommen worden sind[6]. Aus diesen Tatsachen allein aber wird niemand schon darauf schließen wollen, daß zur Zeit der Abfassung des Breviars die litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses im Westgotenreich noch am Leben war. Entscheidend für die Frage nach dem Weiterleben der nachklassischen litis contestatio ist allein die Interpretatio. Dieses gilt, einerlei, welcher der Ansichten über Alter und Entstehung der Interpretatio[7] man sich auch zuneigen möge[8].

Allein auch die Interpretatio scheint auf den ersten Blick das Weiterleben der litis contestatio zu bezeugen. Fünf von den neun oben[9] genannten Kaisergesetzen, welche von der litis contestatio handeln, sind von einer Interpretatio begleitet, in der von litem contestari (oder lis contestata) die Rede ist. Es sind dies die Stellen des Breviars: Cod. Theod. 1, 2, 7 (8)[10]; 2, 4, 4; 2, 12, 1; 2, 12, 7; Nov. Valent. 12[11]. Dazu gesellt sich noch Cod. Theod. 2, 4, 2. Die Interpretatio zu dieser Konstitution spricht nicht nur

---

[5] Wenn ich glauben darf, diese Aufzählung als erschöpfend bezeichnen zu können, so verdanke ich dies in erster Linie der freundlichen Hilfe, die mir durch Herrn Professor Gradenwitz in Heidelberg zuteil wurde. Er hatte die Güte, mir auf Grund seines Index zum Cod. Theod. (vgl. Sitz.-Ber. der Heidelberger Akad. d. Wiss., philos.-hist. Kl., 1910, 3. Abh.) ein Verzeichnis derjenigen Stellen des Cod. Theod., in denen contestatio und contestor vorkommen, brieflich mitzuteilen. Für den westgotischen Paulus half das Vocabularium Jurisprudentiae Romanae. Die Fälle, in denen contestatio und contestari in anderer Bedeutung vorkommen, sind hier selbstverständlich außer Betracht geblieben.

[6] Vgl. Lex Rom. Vis. Cod. Theod. 2, 4, 4; 2, 12, 1.

[7] Vgl. Brunner, RG. I², S. 514; Krüger, Gesch. d. Quellen u. Lit. d. röm. R., 2. Aufl., S. 352 ff.; Conrat, Westgoth. Gaius, S. 48 bei Anm. 145 u. S. 100 f.

[8] Vgl. Mommsen, Theodosiani I, S. XXXVII.

[9] Anm. 2, 3, 6.

[10] = Cod. Theod. 1, 2, 10.

[11] = Nov. Valent. 35. — Den Wortlaut aller dieser Stellen enthält der folgende Paragraph.

von einem litem contestari, sondern auch von einer litis contestatio [12].

Wenn das Vorkommen dieser Worte allein das Weiterleben der nachklassischen litis contestatio bewiese [13], so bedürfte es nach der Feststellung dieses Vorkommens keiner weiteren Untersuchung mehr. Das Wesentliche an der nachklassischen litis contestatio ist aber der Fiktionsgedanke [14]. Ob dieser Fiktionsgedanke in der Interpretatio noch am Leben ist, ob noch mit den alten Worten litem contestari und litis contestatio die Idee der römischen litis contestatio [15] verbunden ist, das ist die Frage, deren Beantwortung versucht werden muß.

§ 3. Die Interpretatio als Zeugnis für den Untergang der Idee der litis contestatio.

Es gilt zunächst, die einzelnen Stellen der Interpretatio daraufhin zu untersuchen, in welchem Sinne die Worte litem contestari und litis contestatio gebraucht werden.

I. Cod. Theod. 1, 2, 10 [Brev. 7 (8)].

Konstitution: Dubium non est contestationem intellegi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruerit excerceri . . .

Interpretatio: Si quis principi de negotio suo preces obtulerit, litem contestatus esse cognoscitur. Et si defunctus fuerit is qui preces obtulerit, vel is contra quem obtulit, actio et heredibus defuncti et contra heredes pulsati salva permaneat, quia causa actione contestata ea, quae

---

[12] Weitere Stellen der Interpretatio, in denen litem contestari oder litis contestatio vorkäme, gibt es im ganzen Breviar nicht. — Die Stellen mit contestatio oder contestari ohne die Verbindung mit litis bzw. litem kommen hier nicht in Betracht. Vgl. Interpr. zu Cod. Theod. 2, 4, 3; 2, 16, 2; 2, 27, 1; 3, 11, 1; 4, 19 (Brev. 17), 1; 5, 9 (Brev. 7), 2; 9, 42, 10 (Brev. 9, 32, 2); Interpr. zu Cod. Hermog. 1, 1.

[13] Dies scheint etwa der Standpunkt von Bethmann-Hollweg (IV, S. 201 Anm. 18) und Tardif (S. 255 f.) zu sein.

[14] Oben S. 5 ff.

[15] Oben S. 7 a. E.

conpetebat defuncto, conpetit et heredi. Si vero auctor quolibet ordine repetitionem suam praesens non publicaverit, heres eius, unde auctor actionem non proposuit, agere prohibetur.

Die Konstitution läßt in dem Worte intellegi den Fiktionsgedanken des nachklassischen Prozeßrechts zutage treten[1]. Die Interpretatio streicht das intellegi und setzt statt dessen: cognoscitur. Was will die Interpretatio mit den Worten litem contestatus esse cognoscitur sagen?

Diese Frage läßt sich beantworten mit Hilfe der zahlreichen Stellen der Interpretatio, in denen ein mit nosci, cognosci, dinosci verbundener Infinitiv vorkommt. Fast ausnahmslos wird diese Wendung nur um der Fülle des Ausdrucks willen gewählt; fast ausnahmslos soll sachlich nichts anderes gesagt werden, als wenn lediglich die entsprechende einfache Form des im Infinitiv auftretenden Wortes gebraucht wäre. So lautet der erste Satz der Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 29, 6 (Brev. 1, 10, 1): Hi instituantur civitatum defensores, quos consensus civium et subscriptio universorum elegisse cognoscitur. Dagegen lautet der Relativsatz in der Konstitution: quos decretis elegerint civitates, und in der Epitome Monachi: quos consensus civium et subscriptio universorum elegerit. Die Interpretatio will also mit der volleren Wendung nicht mehr sagen, als wenn sie die Form elegerit gebraucht hätte. Das cognoscitur dient nur zum Schmuck des Ausdrucks; sachlich ist es ohne Bedeutung.

Ebenso verhält es sich in einer Reihe von weiteren Stellen. Man vergleiche die Interpretatio zu folgenden Quellen:

1. Cod. Theod.
   2, 1, 9: praeesse noscuntur statt praesunt.
   2, 1, 10: esse noscuntur statt sunt.
   2, 9, 3 (Brev. 1): fecisse dinoscitur statt fecit.
   2, 14, 1: esse dinoscitur statt est (so die Epit.[2] Monachi).

[1] Oben S. 5.

[2] Vgl. hier und im folgenden die Ausgabe der Epitomen bei Haenel, Lex Rom. Vis.

2, 16, 2 a. E.: habitasse dinoscitur statt habitavit.

2, 29, 1: dedisse dinoscitur statt dedit.

2, 30, 2: esse dinoscitur statt est.

3, 5, 2: habere dinoscitur statt habet (so die Epit. Monachi).

4, 22 (Brev. 20), 3 a. E.: noscitur pervasisse statt pervasit (so die Epit. Monachi).

4, 23 (Brev. 21), 1: exisse noscuntur statt exierunt.

9, 43 (Brev. 33), 1, Schlußsatz: Vastare ac dilapidare cognoscitur statt vastat ac dilapidat.

10, 1, 2 (Brev. 1) a. E.: contra . . . facere cognoscuntur statt contra . . . fecerint (so die Epit. Monachi, vgl. auch Epit Lugd.)

10, 14 (Brev. 6), 1: Si . . . nec testamentum fecisse nec filios reliquisse cognoscitur; dafür sagt die Epit. Lugd.: si testamentum non fecerit filiosque reliquerit (vgl. auch Epit. Monachi).

eod.: intervenisse cognoscitur statt intervenit.

11, 30, 15 (Brev. 11, 8, 2): esse cognoscitur statt est (so die Konstitution)[3].

2. Novellen zum Cod. Theod.

Theod. 20 (Brev. 10): dinoscitur contulisse[4].

Valent. 31 (Brev. 9): dinoscitur habitasse[5] (Epit. Monachi: habitavit).

Valent. 35 (Brev. 12): vacare dinoscitur[6].

3. Paulus visig.

1, 7, 2: perdidisse noscuntur.

1, 15, 3 a. E.: incurrisse dignoscitur.

2, 8, 2: praeposuisse cognoscitur[7].

---

[3] Vgl. auch 9, 24 (Brev. 19), 1: ministrata noscuntur, und 11, 6 Brev. 3), 1 a. E.: cognoscitur constitutum.

[4] Mommsen-Meyer II, S. 47 Zeile 34.

[5] Ebenda, S. 132 Zeile 54.

[6] Ebenda, S. 151 Zeile 182.

[7] Quicumque quamlibet personam . . . praeposuisse cognoscitur. Die Sentenz sagt: Si quis . . . praepositus est, die Epit. Monachi: Quicumque . . . aliquem instituerit.

2, 28, 1: habuisse cognoscitur (Sentenz, Epit. Guelph. und Monachi: habuit; Epit. S. Gall. habuerit).

3, 6, 12 a. E.: . . . impleto asse nihil, quod ei (einem weiteren Erben) testator reliquerit, dignoscitur remansisse.

5, 2, 4: transire noscuntur.

5, 17, 3: impedire cognoscitur.

4. Cod. Gregor. visig.

2, 4, 2: discessisse et alienata esse noncuntur (Konſtitution: separata fuerunt).

3, 7, 1 und 2: cognoscitur possedisse (Epit. Monachi: possedit).

5. Cod. Hermog. visig.

2, 1: cognoscitur pervenisse.

In allen dieſen Fällen iſt das cognoscitur, noscuntur, dignoscitur uſw. ſachlich ohne Bedeutung.

Ganz ſeltene Ausnahmen kommen allerdings vor. So gebraucht die Interpretatio zu Cod. Theod. 8, 12, 9 (Brev. 8, 5, 2)[8] und zu Paulus visig. 3, 9, 52[9] cognoscitur im Sinne von videtur. Auch die Interpretatio zu Paulus visig. 2, 18, 11[10] iſt möglicherweiſe in dieſem Sinne zu verſtehen.

---

[8] Konſtitution: . . . ut quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio . . .

Interpretatio: Quicumque de rebus propriis servato usufructu cuilibet aliquid quacumque donatione contulerit, vel in dotem dederit, et sibi usumfructum reservet, rem tradidisse cognoscitur; quia reservatio usufructus, etiamsi stipulatio inserta non fuerit, pro traditione habeatur.

[9] Sententia: Villis vel agris separatim legatis, alterum alteri cedit.

Interpretatio: Si quis per testamentum cuicumque legati titulo agrum reliquerit, et villam reliquisse videtur. Si vero villam reliquerit, et agrum reliquisse cognoscitur.

[10] Sententia: Fundus eius esse videtur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata est, . . .

Interpretatio: Si ager alterius nomine et alterius pecunia fuerit comparatus, eius esse cognoscitur, cuius nomine comparatus est: . . .

Man beachte allerdings, daß die Epitome Aegidii ſchreibt: Eius est ager . . .

Bedenkt man aber, daß diese Fälle nur höchst seltene Ausnahmen sind, und daß auch außerhalb der Interpretatio die Quellen des frühen Mittelalters häufig das cognosci usw. lediglich als Schmuck der Rede verwenden[11], so wird man es nicht wagen können, die Worte der Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 2, 10 [Brev. 7 (8)]: litem contestatus esse cognoscitur im Sinne des Fiktionsgedankens des nachklassischen Prozesses zu verstehen. Mag auch der Verfasser der Interpretatio zur Verwendung des cognosci durch das intellegi der Konstitution angeregt worden sein, so ist dennoch nicht anzunehmen, daß er den in der Konstitution zum Ausdruck gebrachten Gedanken der Fiktion der litis contestatio im Sinne der Konstitution verstanden und mit Hilfe des cognosci hat zum Ausdruck bringen wollen. Es besteht alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß auch an dieser Stelle der Interpretatio dem cognoscitur keinerlei sachliche Bedeutung zukommt, und daß zu verstehen ist, als ob es im ersten Satz hieße: litem contestatus est. Der erste Satz der Interpretatio dürfte also zu übersetzen sein: „Wenn jemand dem princeps in seiner Sache die Bittschrift überreicht hat, dann hat er litem kontestiert." Es ergäbe sich darnach, daß das litem contestari sich auf den äußeren Vorgang der Überreichung der Bittschrift als solchen bezieht, daß also der nachklassische Fiktionsgedanke[12] verschwunden ist.

Daß dem wirklich so gewesen sein dürfte, wird die Betrachtung der folgenden Stellen ergeben[13].

[11] Nov. Marciani 2 § 1, Satz 1 a. E.: residere noscuntur; eod. 3 § 3: debere noscuntur. — Gaius visig. 2, 9 § 10: vacillare cognoscitur; hier liest die Epitome codicis Seldeni vacillat (vgl. auch Gai. visig. 1, 6 § 1: factus agnoscitur). — Consultatio (Ausg. von Krueger, Collectio III, S. 199 ff.) 7, 1: dinoscitur . . . habuisse; 7, 7: superesse noscuntur; 7 a, 1: contulisse noscatur. — Isidor, Etymologiae (Migne, Patrologia LXXXII, S. 74 ff.) 2, 5, 9: discrepare noscuntur. — Endlich einige Merowingerurkunden des 7. Jahrh.: MG. Dipl. Mer. Nr. 41 (a. 663; Hübner, Gerichtsurkunden, Nr. 31): tenuisse noscuntur; eod. Nr. 66 (a. 693 [694?]; Hübner Nr. 38): definita fuissit denuscitur; eod. Nr. 70 (a. 697; Hübner Nr. 40): nuscitur iudecasse vel definisse.

[12] Oben S. 5 ff., 13.

[13] Über die Worte der Interpretatio: causa actione contestata vgl. unten Anm. 73 dieses Paragraphen.

II. Cod. Theod. 2, 4, 2.

Konſtitution: Denuntiari vel apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est, decernimus, ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absentium aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus falsam fidem rebus non gestis adfigat[14].

Interpretatio: Contestari apud rectores provinciae vel defensores aut omnes, apud quos gesta conficiuntur, litem iubemus, ne ullus nomen absentis aut mortui vel qui non potuerit inveniri in litis contestatione recipiat, ne falsitatis inveniatur occasio.

Was die Interpretatio mit den Worten contestari litem ſagen will, läßt ſich ohne Zuhilfenahme der Konſtitution nicht feſtſtellen. Iſt es doch deutlich, daß das contestari litem der Interpretatio an die Stelle des denuntiari der Konſtitution getreten iſt.

Die viel behandelte Konſtitution hebt die private denuntiatio auf. Dieſe beſtand darin, daß der Kläger dem Beklagten eine testatio, d. h. eine Zeugenurkunde[15], welche die Ladung zu einem beſtimmten Termine wegen eines beſtimmten Anſpruchs enthielt[16], kurz: eine Klagſchrift überreichte[17].

An Stelle der privaten denuntiatio ſoll von nun an ausſchließlich eine Ladung unter Mitwirkung einer Behörde ſtattfinden.

Was den Hergang dieſer Ladung anbetrifft, ſo darf man folgendes als feſtſtehend annehmen: Der Kläger überreicht der Behörde die Klagſchrift[18], und die Behörde läßt die Klag-

[14] Zum letzten Satze vgl. Kipp, Die Litisdenuntiation, Leipzig 1887, S. 193 f.

[15] Vgl. Bethmann-Hollweg III, S. 235 f.; Kipp S. 193.

[16] Kipp S. 191 f.

[17] So würde man auch ſagen können, wenn die Schrift erſt in Gegenwart des Beklagten, beim Ladungsakte ſelbſt, abgefaßt würde (ſo ſcheint ſich Kipp, Art. denuntiatio bei Pauly-Wiſſowa Sp. 225 den Hergang vorzuſtellen, wenn er ſagt: „Die Form der Anzeige iſt urſprünglich privat mit Aufnahme einer Zeugenurkunde").

[18] Allenfalls wird man auch an ein Vorbringen der Klage zu Pro-

schrift zustellen[19]. Damit muß aber die Tatsache in Einklang gebracht werden, daß die Konstitution deutlich genug das denuntiari als einen vor der Behörde sich abspielenden Prozeßvorgang zu erkennen gibt, wenn sie sagt: Denuntiari vel apud ... rectores vel apud eos ... Dieses zweimalige apud läßt sich nicht beseitigen. Es ist nur begreiflich, daß man auf Schwierigkeiten der Auslegung stößt, wenn man, wie Kipp[20] es tut, die Zustellung als die denuntiatio auffaßt. Kipp[20] sieht sich darum gezwungen, folgenden Gedanken auszusprechen, der die bei seiner Auffassung sich ergebenden Schwierigkeiten deutlich erkennen läßt: „Die Einreichung eines Libells bei den in c. 2 cit. genannten Behörden, und die Zustellung desselben an den Beklagten durch deren Vermittlung, vielleicht auch die Zustellung eines bei den Behörden selbst nach Vortrag des Klägers aufgenommenen Schriftstücks[21], ließ sich als denuntiari vel apud provinciarum rectores rel. allenfalls wohl bezeichnen". Die aus dem zweimaligen apud aufsteigenden Bedenken haben denn auch schon Keller[22] und Bethmann-Hollweg[23] davon abgehalten, von einer durch die Behörde bewirkten Denuntiation — und darauf läuft im wesentlichen die Lehre von Kipp hinaus — zu sprechen. Keller läßt seine Auffassung nicht deutlich erkennen, wohl aber Bethmann-Hollweg[23], nach dessen Lehre die Denuntiation „bei diesen Behörden an den gegenwärtigen Beklagten geschehen" soll[24].

---

tokoll der Behörde denken können: Kipp, Litisden., S. 199. Diesen Fall lasse ich im folgenden außer Betracht.

[19] Kipp a. a. O.; Mitteis, Zur Lehre von den Libellen (Sitz.-Ber. d. Sächs. Ges. d. Wiss., philol.-hist. Kl., LXII, 4. Leipzig 1910), S. 107 a. E., Papyruskunde (Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde von Mitteis und Wilcken, II. Bd.: Juristischer Teil, Leipzig-Berlin 1912) 1, S. 40.

[20] S. 199.

[21] Vgl. oben Anm. 18.

[22] Keller-Wach S. 246 Anm. 567.

[23] III, S. 235 Anm. 9 a. E.

[24] Weitere Vertreter dieser Lehre sind bei Kipp, Litisden., S. 11 Anm. 37 aufgeführt, darunter allerdings auch Keller a. a. O.

Die letztere Ansicht dürfte heute nach den Ergebnissen der Papyrusforschung[25] wohl keinen Anhänger mehr haben. Wie aber ist das apud zu verstehen? Die Schwierigkeiten werden bleiben, solange man an der Meinung festhält, daß das denuntiare einen in Gegenwart des Beklagten sich abspielenden Vorgang bezeichne. Wie soll sich damit das denuntiare vor der Behörde vereinigen lassen?

Man wird wohl gezwungen sein, von jener Meinung zu lassen und den Schluß zu ziehen, daß von dem ganzen, im wesentlichen sicher ermittelten Ladungsverfahren derjenige Vorgang, der sich vor der Behörde abspielt, nämlich die Einreichung der Klagschrift bei der Behörde[26], mit dem denuntiari bezeichnet sei. Die Konstitution sagt nicht, daß das denuntiari in Gegenwart des Beklagten erfolge; sie sagt nicht, daß sie unter dem denuntiari die Zustellung versteht. Sie sagt nur, deutlich genug, daß das denuntiari vor der Behörde erfolgt. Also versteht sie unter denuntiari die Einreichung der Klagschrift bei der Behörde[27].

---

[25] Vgl. Mitteis a. a. O.

[26] Die Zustellung der Klagschrift durch den Subalternbeamten der Behörde kann man nicht als einen vor dieser Behörde stattfindenden Akt bezeichnen. — Wieding, Libellprozeß, S. 287 f. erklärt das apud mit dem Hinweis auf eine nach der Zustellung von der Behörde auf Grund des Zeugnisses des Zustellungsbeamten erstattete Bescheinigung über die Ausführung der Zustellung. Wenn auch die auf Cod. Theod. 11, 31, 5 f. (vgl. dazu Kipp, Litisden., S. 200) gestützte Annahme einer solchen Bescheinigung für die ordentliche litis denuntiatio zutreffen sollte, so bleibt doch ein Selbstwiderspruch bei Wieding bestehen: S. 288 a. E. behauptet er, „daß die Municipal-Magistrate auf Grund der amtlichen Kunde, welche sie durch ihre bei der Denuntiation anwesenden Subalternen erlangten, ihre Testationes publicas ausfertigten." Hier ist für Wieding die Denuntiation nichts anderes als die Zustellung. Wie erklärt Wieding hier das apud?

[27] Diese Deutung allein ermöglicht es, den Wortlaut der Konstitution, insbesondere das zweimalige apud, mit dem feststehenden Hergange der Ladung im Denuntiationsprozeß (vgl. oben S. 18 f. bei Anm. 18 und 19) in Einklang zu bringen. Erst mit dieser Deutung der Konstitution gelangt man überdies zu einer einfachen Erklärung der Interpretatio (vgl.

Dieser Schluß findet seine Bestätigung durch den einzigen Papyrus, den Mitteis[28] als Beispiel für die denuntiatio nach Cod. Theod. 2, 4, 2 anführt, der also wohl auch das einzige bekannte Beispiel dafür sein dürfte. Es ist der Papyrus Lips. 33 Col. II[29] vom Jahre 368. Hier zeigt sich, wie Mitteis[30] hervorhebt, daß dieses Exemplar „nicht an die Behörde mit Bitte um Zustellung an den Beklagten stilisiert ist, sondern der Beklagte direkt angeredet ist; allerdings ist es ... bei der Behörde ... überreicht." Bei der Behörde überreicht der Kläger die Schrift, in der die unmittelbar an die beklagte Partei gerichteten Worte[31]: Διόπερ παραγγέλλω ὑμῖν enthalten sind. Da es hier jedenfalls keine Bedenken hat, das παραγγέλλειν als denuntiare zu verstehen, so zeigt sich, daß der Kläger bei der Behörde die Erklärung: denuntio vobis, abgibt: Der Kläger vollzieht das denuntiare bei der Behörde, das denuntiare geschieht durch Einreichung der Klagschrift an die Behörde.

Es hat den Anschein, daß der Kläger jetzt bei der Behörde eine Schrift einreicht, die in dem hier in Betracht kommenden Punkte genau so stilisiert ist, wie die alte, durch die Konstitution (Cod. Theod. 2, 4, 2) aufgehobene privata testatio[32] gelautet haben kann. Wie die von der Konstitution beseitigte denuntiatio in der Übergabe dieser Schrift an den Beklagten bestanden hatte[32], so besteht die von der Konstitution vorgeschriebene denuntiatio in der Übergabe dieser Schrift an die Behörde.

---

unten S. 22 ff.), welche zugleich, wie in folgendem zu zeigen sein wird, sich in dieser Weise mit den übrigen ein litem contestari enthaltenden Stellen der Interpretatio in Übereinstimmung bringen läßt. Diese Tatsachen lassen es als ausgeschlossen erscheinen, daß man auf Grund anderer Quellen beweisen könnte, daß das denuntiari dieser Konstitution auf die Zustellung der Klagschrift zu beziehen sei.

[28] Papyruskunde II, 1, S. 40.

[29] Mitteis a. a. O. II, 2, Nr. 55.

[30] A. a. O. II, 1, S. 40.

[31] Zeile 14 des Papyrus.

[32] Vgl. oben S. 18 bei Anm. 15.

Es ergibt sich: Das denuntiari der Konstitution umfaßt nicht das ganze Ladungsverfahren, es ist insbesondere nicht dessen zweiter Akt, die Zustellung, sondern nur der erste Akt, die Einreichung der Klagschrift.

Ausdrücklich sei bemerkt, daß mit dieser Deutung der Konstitution keinerlei sachlich neue Aufstellung, sondern nur die Herstellung einer Übereinstimmung zwischen dem, was sachlich heute allgemein angenommen wird, und den Worten der Quelle versucht werden soll. Übrigens hat schon Muther[33] gelehrt: „. . . es wurde" — vor der Behörde — „denunciiert und durch den Beamten dem Beklagten von dem Akt Kunde gegeben."

Mit Kipp[34] darf angenommen werden, daß „die von Constantin[35] gestattete Zustellung durch Vermittlung anderer Behörden als des Prozeßrichters sich später verloren hat und es ausschließlich üblich wurde, sich der Vermittlung des letzteren zu bedienen." Für diese spätere Zeit bedeutet also das denuntiari der Konstitution die Einreichung der Klagschrift bei Gericht.

Mit dieser Deutung der Konstitution treten wir wieder vor die Interpretatio[36]: Es wurde schon darauf hingewiesen[36], daß die Interpretatio dort, wo die Konstitution das Wort denuntiari gebraucht, sich des Ausdrucks contestari litem bedient. Wenn daher, wie eben ausgeführt, das denuntiari der Konstitution als die Einreichung der Klagschrift bei der Behörde (dem Gericht) zu verstehen ist, so folgt daraus, daß die Interpretatio mit contestari litem gleichfalls die Einreichung der Klagschrift[37] bezeichnet[38]. Ein Blick

[33] Sequestration und Arrest im Römischen Recht (Leipzig 1856) S. 249.

[34] Litisden., S. 199; vgl. S. 206 und 212.

[35] Constantin hat die in Rede stehende Konstitution erlassen.

[36] Vgl. oben S. 18.

[37] Daß in dem Prozeßsystem der Interpretatio ein vom Kläger unterschriebener Libell beim Gericht eingereicht und vom Gericht dem Beklagten zugestellt wird, ist mit Bethmann-Hollweg IV, S. 200 anzunehmen.

[38] So scheint auch Ernst Mayer, Zur Entstehung der lex Utinensis

auf die Interpretatio läßt erkennen, in wie einfacher Weise ihr erster Teil mit dieser Deutung von litem contestari verständlich wird: Die Klagschrift soll eingereicht werden bei irgendeiner Behörde, welche das Recht zur Anlegung von Akten hat.

Jetzt kann auch der zweite Teil der Interpretatio, der mit ne ullus beginnende Nebensatz, keine Schwierigkeiten mehr bereiten. Die Interpretatio verwendet das Wort litis contestatio dort, wo die Konstitution von der testatio, der Klagschrift, spricht. Und in der Tat läßt nur die Deutung der „litis contestatio" der Interpretatio als Klagschrift es verständlich werden, wie in der „litis contestatio" ein Name enthalten sein kann: ne ullus nomen absentis . . . in litis contestatione recipiat[39].

Nach diesen Feststellungen gilt es, die Hauptfrage zu beantworten: Ist die an dieser Stelle der Interpretatio bezeugte litis contestatio eine litis contestatio im nachklassischen Sinne?

Der Umstand allein, daß das Wort litem contestari gerade mit der Einreichung der Klagschrift in Verbindung gebracht wird, berechtigt noch nicht zu einer Verneinung der Frage. Kann doch, abstrakt angesehen, die Fiktion der litis contestatio[40] ebensogut an die Einreichung der Klagschrift, wie an jeden anderen Prozeßvorgang geknüpft werden. Vielleicht ist sogar innerhalb der nachklassischen Epoche die Einreichung der Klagschrift wirklich einmal eine Zeitlang der Prozeßvorgang

---

(Mitt. des Inst. f. österr. Geschichtsforsch., XXVI; Sonderabdr.), S. 32 die Interpretatio zu verstehen, wenn er mit Beziehung auf Int. C. Th. 2, 4, 1—4 von dem „Beginn des Zivilprozesses durch Einreichung einer Klagschrift" spricht.

[39] Conrat, Brev. Al., S. 502, spricht in seiner Übersetzung der Interpretatio a. h. l. von kontestierter lis und litis contestatio. Er läßt aber leider nicht genau erkennen, was mit diesen Worten bezeichnet sein soll. An anderer Stelle (Westgoth. Paulus, S. 232 Anm. 670) bemerkt Conrat mit Recht, daß sich hier „Denunziation in litis contestatio umgesetzt findet". Versteht aber Conrat das denuntiari der Konstitution (vgl. oben S. 20 bei Anm. 27) richtig? Auf diese Frage läßt sich auch aus Conrat, Brev. Al., S. 502 Anm. 3, wo das apud richtig mit „bei" wiedergegeben ist, keine sichere Antwort gewinnen.

[40] Vgl. oben S. 5 ff.

gewesen, der für den Zeitpunkt der (fingierten) litis contestatio in der Regel maßgebend war[41]. Verbindet sich aber in der Interpretatio mit litem contestari noch die römische Idee der litis contestatio? Ist der Fiktionsgedanke[42] noch lebendig? Das ist die Frage.

Ich glaube, die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Es ist allzu augenfällig, daß die Interpretatio nur an den äußeren Vorgang der Einreichung selbst denkt, wenn sie von dem contestari litem apud rectores provinciae etc. spricht. Sie will mit contestari litem nicht mehr sagen, als die Konstitution mit denuntiari[43]. Jede Erinnerung an die litis contestatio im nachklassischen Sinne scheint verschwunden zu sein. Wie die Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 2, 10[44] allem Anschein nach die precum oblatio des Reskriptsprozesses als solche mit litem contestari bezeichnet, so benennt die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 4, 2 den entsprechenden Vorgang des ordentlichen Prozesses, die Einreichung der Klagschrift, mit litem contestari. Es wird wahrscheinlich, daß die Interpretatio überhaupt bei den Worten litem contestari an nichts weiter denkt, als an die Einreichung der Klagschrift im weitesten Sinne bei der zuständigen Stelle. Mit Händen greifen aber läßt sich das Fehlen des Fiktionsgedankens, wenn man sich die Bedeutung des Wortes „litis contestatio“ als Klagschrift vor Augen hält. Die Klagschrift ist ein körperlicher Gegenstand, sie ist kein Prozeßvorgang und daher außerstande, Träger des Fiktionsgedankens zu sein. Es ergibt sich: Auch die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 4, 2 versteht die Worte litem contestari und litis contestatio nicht mehr im Sinne des nachklassischen Prozesses.

Wie aber kann die Interpretatio mit den Worten litis contestatio und litem contestari den Sinn: Klagschrift und Einreichung der Klagschrift verbinden? Ich finde nur einen

---

[41] Vgl. unten § 6.
[42] Vgl. oben S. 5 ff. und S. 13 bei Anm. 14.
[43] Vgl. oben S. 18 ff.
[44] Brev. 1, 2, 7 (8); oben S. 13 ff., insbes. S. 17 a. E.

Ausweg: Es ist bekannt[45], daß contestari im Altertum wiederholt im Sinne von „feierlich erklären" gebraucht wird. In derselben Bedeutung kommt contestari, wie sich weiter unten zeigen wird, häufig während des ganzen Mittelalters vor. Für die Interpretatio würde litem contestari also bedeuten: „den Rechtsstreit feierlich erklären". Man darf also vielleicht sagen, daß die Interpretatio unter litem contestari die der Behörde gegenüber durch Einreichung der Klagschrift vollzogene Streiterklärung versteht. So wird es auch begreiflich, wie die Klagschrift selbst, die eben diese Erklärung enthält, zu dem Namen litis contestatio kommen konnte.

III. Cod. Theod. 2, 4, 4.

Konstitution: Post celebratam denuntiationem seu edicto seu editione rescripti, quod tamen iure sit impetratum, lis exordium auspicatur inter iustas videlicet legitimasque personas . . .

Interpretatio: Posteaquam per scripturam lis fuerit contestata et per publicam conventionem, quisquis ille est qui pulsatur agnoverit, tunc lis incoata dicatur, si tamen litigantum (so!) perfectae probantur aetates . . .

Nach der Interpretatio ist die lis dann incoata, wenn per scripturam lis fuerit contestata und (et) der Beklagte durch öffentliche Ladung Kenntnis von der Klage erlangt hat. Die Anordnung des Satzes und das et hinter contestata machen es wahrscheinlich, daß die lis contestata dem agnoscere, der rechtlich erheblichen Kenntnisnahme des Beklagten von der Klage, vorangeht. Also dürfte auch an dieser Stelle die lis contestata auf die Einreichung der Klagschrift[46], oder genauer: auf die durch diese Einreichung bewirkte Erklärung der lis vor der Behörde[47], zu beziehen sein. Und wirklich werden die Worte per scripturam auf diesem Wege unmittelbar verständlich. Die Worte: Posteaquam per scripturam lis fuerit

[45] Vocabularium iurisprudentiae Romanae I, Sp. 979; Heumann-Seckel s. h. v.

[46] Vgl. Ernst Mayer a. a. O. (oben S. 23 Anm. 38).

[47] Vgl. oben auf dieser Seite, vor III.

contestata bedeuten also: Nachdem durch Einreichung der Klagschrift der Streit erklärt worden ist[48].

Jetzt lese man die Worte der Interpretatio noch einmal, und man wird finden, daß die lis contestata der Interpretatio an dieser Stelle nicht mit der lis incoàta zusammenfällt, sondern ihr vorangeht: ein selbständiger Beweis für den Untergang der litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses.

Auch hier[49] ist keine Spur von dem nachklassischen Fiktionsgedanken[50] mehr zu finden. Das litem contestari geschieht per scripturam. Das ist aber nur möglich, wenn das litem contestari einen äußeren, der römischen Idee der litis contestatio beraubten Vorgang bezeichnet.

IV. Cod. Theod. 2, 12, 1 und 7.

Zur richtigen Bewertung der Interpretatio zu diesen beiden Stellen ist es notwendig, einen Blick in die geschichtlichen Beziehungen zwischen den beiden Konstitutionen zu tun und sich den in der Interpretatio zutage tretenden Mangel an Einsicht in diese Beziehungen klar zu machen. Die Konstitution Cod. Theod. 2, 12, 1[51] (vom Jahre 363) schreibt vor: Nulla dubitatio est post causam in iudicio publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse incoatam litem iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum instituere et ad heredes suos incoata transmittere veteris iuris voluerint conditores.

Die Konstitution setzt es noch als geltendes Recht voraus, daß beim Tode des procurator, der bereits dominus litis geworden war, seine Erben in den Prozeß eintreten. Man darf

---

[48] Tardif (S. 256; vgl. oben S. 13 Anm. 13) dürfte kaum das Richtige getroffen haben, wenn er unter Berufung auf die besprochene Stelle der Interpretatio von der „litis contestatio" der Interpretatio aussagt: „Elle résulte de la production par écrit de la demande et de la défense." — Tardif scheint das agnoverit der Stelle unrichtig zu verstehen.

[49] Vgl. oben S. 24.

[50] Vgl. oben S. 5 ff. und S. 13 bei Anm. 14.

[51] Cod. Just. 2, 12, 23.

annehmen, daß auch nach der Meinung der Konstitution der procurator zum dominus litis wird im Augenblicke der litis contestatio[52], wie es der Regel[53] entspricht[54].

Im Gegensatze zu 2, 12, 1 verordnet Cod. Theod. 2, 12, 7 (vom Jahre 424): Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime eius quaerantur heredes, ne de supervacuo domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones . . .

Diese Konstitution ändert, jedenfalls hinsichtlich des procurator[55], das geltende Recht: Stirbt der procurator — oder cognitor[55] — nach der litis contestatio, so sollen nicht seine Erben, sondern der Vertretene[56] in den Prozeß eintreten[57].

Jetzt lese man die Interpretatio zu beiden Konstitutionen:

2, 12, 1:

Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiam si ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei

---

[52] Darauf deuten die Worte incoatam litem und incoata.

[53] Vgl. Koschaker, Translatio iudicii, S. 120.

[54] Die Frage, auf welchen Augenblick nach der Anschauung der Konstitution die litis contestatio (im nachklassischen Sinne!) fällt, bleibt hier unerörtert.

[55] Vgl. Koschaker (Translatio iudicii, S. 116), nach dessen Lehre die Konstitution „lediglich" einen „für den Kognitor von jeher geltenden Rechtssatz auf den Procurator" ausdehnt.

[56] Mit diesem Worte will ich die Frage, inwieweit man bei procurator und cognitor von „Vertretung" im Sinne der modernen Systematik sprechen darf (vgl. Koschaker a. a. O., S. 119 ff., 149 f.; Hellwig, Lehrbuch II, S. 364 ff., Z. f. deutschen Zivilpr. XXXIX, S. 372; Rosenberg, Stellv., S. 355 ff.), nicht berühren.

[57] Vgl. ferner Rosenberg, Stellv., S. 342, und Conrat, Westgoth. Paulus, S. 220, der auf Grund einer scharfsinnigen Auslegung der (hier nicht abgedruckten) Schlußworte der Konstitution zu dem einleuchtenden Ergebnis gelangt, daß die Rechtsänderung nicht auch den Fall des cognitor vel procurator in rem suam betrifft.

rem, quam repetendam susceperat, sibimet defensare et alium procuratorem in hac causa, si voluerit, qui repetat, ut dominus ordinare atque actionem ad heredes suos successoresque transmittere . . .

2, 12, 7:

. . . Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem, nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit, lis vero ad mandatorem redit . . .

Die Interpretatio erkennt das angedeutete historische Verhältnis zwischen den beiden Konstitutionen nicht. Sie glaubt, daß ein systematischer Unterschied zwischen dem Vertreter als dominus litis (2, 12, 1) und als minister[58] litis (2, 12, 7) zu machen sei, und meint daher, beide Konstitutionen unverändert nebeneinander gelten lassen zu können. Dies tritt klar hervor in folgenden Worten der Interpretatio:

2, 12, 1:

Qui dominus et procurator . . . fuerit institutus . .

2, 12, 7:

. . . Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus . . .

Es leuchtet ein, daß diese Worte durch den litis minister der Konstitution 2, 12, 7 veranlaßt worden sind[59]. So gelangt die Interpretatio infolge der Verkennung des historischen Gegensatzes zwischen den Konstitutionen zur Aufstellung des systematischen Gegensatzes zwischen dem dominus et procurator und dem procurator aut cognitor tantummodo, dem es wesentlich ist, daß er nicht dominus et procurator ist[60]. Schon diese Beobachtung zeigt, daß die Quellen von der Interpretatio nicht mehr ganz verstanden werden.

[58] Vgl. dazu Hellwig, Lehrbuch II, S. 366 oben; Rosenberg S. 337.

[59] Vgl. Conrat, Westgoth. Paulus, S. 221 f.

[60] Vgl. Conrat a. a. O. und Brev. Al., S. 313 (erste Zeile von § 25) und S. 314.

Man beachte weiter folgendes: das dominium litis[61] entsteht für den Vertreter grundsätzlich durch die litis contestatio. Bei Erläuterung der Konstitution Cod. Theod. 2, 12, 1[62] glaubten wir voraussetzen zu dürfen, daß dieser Zusammenhang zwischen dominium litis und litis contestatio zur Zeit des Erlasses der Konstitution noch lebendig war. Dagegen zeigt ein Blick auf die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 12, 1, daß ihre „litis contestatio" mit dem dominium litis nichts zu tun hat: Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus . . ., so lauten die Anfangsworte der Interpretatio zu 2, 12, 1. Es ist klar, daß nach der Interpretatio das dominium litis bereits mit der institutio, der Bestellung zum Vertreter, eintritt, und daß dann erst die „litis contestatio" erfolgt.

Dasselbe Resultat ergibt folgende Beobachtung: Die eben angeführten Worte lassen erkennen, daß das institui mit dem litem suscipere zusammenfällt, und daß das litem contestari repetendo erfolgt. Wenn es kurz darnach heißt, daß der Vertreter rem . . . repetendam susceperat, so folgt daraus, daß das suscipere dem repetere vorangeht. Also geht auch das institui als dominus et procurator (da es mit dem litem suscipere zusammenfällt) dem litem contestari (repetere) voran.

Diese Loslösung des dominium litis von der „litis contestatio" bildet ein selbständiges Argument für den Satz, daß die Interpretatio die litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses nicht mehr kennt.

Nur wenn man diesen Satz als bewiesen annimmt, wird es ferner verständlich, wie die Interpretatio ihren dominus et procurator[63] in ihren Ausführungen zu Cod. Theod. 2, 12, 7[64]

---

[61] Es sei mir gestattet, der Kürze halber diesen eingebürgerten Ausdruck trotz seiner mangelnden Quellenmäßigkeit (vgl. Koschaker, Translatio iudicii, S. 119 Anm. 2) zu gebrauchen.

[62] Oben S. 27 oben.

[63] Vgl. oben S. 28 a. E.

[64] Die Interpretatio a. h. l. spricht zunächst nur vom procurator aut

und anderwärts[65] mit dem procurator in rem suam identifizieren kann. Nach römischem Rechte ist diese Identifizierung unmöglich, da der Vertreter zum procurator in rem suam durch das mandatum in rem suam, zum dominus litis durch die litis contestatio wird, jene Eigenschaft sein Verhältnis zum Vertretenen, diese sein Verhältnis zum Gegner zum Ausdruck bringt[66]. Nach der Interpretatio dagegen wird der Vertreter zum dominus durch das institui[67], das ist die Mandatserteilung! Damit ist der begriffliche Gegensatz zwischen dem dominus litis und dem procurator in rem suam verwischt, und es ist nur allzu erklärlich, wenn das feine römische System darüber zusammenbricht. Was aber ist der Grund dieser Erscheinung? Der Untergang des Verständnisses für die römische litis contestatio.

Nach diesen Feststellungen wird es nicht möglich sein, das litem contestari der Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 12, 1 und 7 anders zu verstehen als in dem oben[68] ermittelten Sinne: den Streit (vor der Behörde) durch Einreichung der Klagschrift erklären. Und wirklich lassen sich die Worte der Interpretatio aufs einfachste mit dieser Deutung von litem contestari erklären:

---

cognitor tantummodo (vgl. oben S. 28). Im Schlußsatz heißt es dann im Gegensatz dazu: Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, similiter exitus rei iudicatae dominum respiciet, non actorem.

[65] Interpr. zu Paul. sent. I, 2, 2 und 3. Vgl. Zeumer, MG.LL. sectio V, tom. II, p. I, S. 153 Anm. 5; Conrat, Westgoth. Paulus, S. 224 Anm. 648, und die von beiden angezogene Urkunde Marini (I Papiri diplomatici, in Roma MDCCCV), Nr. LXXXVI (Spangenberg, iuris Romani tabulae negotiorum, Lipsiae 1822, Nr. XXXI), vom Jahre 553: per huius meae paginam largitatis dominos (et) procuratores vos in re vestra instituens et revocandi damus licentiam in ornatu. Ob man bei dem dominus (et) procurator [ve] der Form. Arv. 2 (a) und der Form. Turon. 20 (MG. Formulae, S. 29 und 146) noch mit Zeumer a. a. O. an den procurator in rem suam denken darf, scheint mir doch fraglich. Wahrscheinlich hat Conrat recht, wenn er (a. a. O.) die Verwendung der Ausdrücke in den beiden Formeln (wie übrigens auch in der Urkunde Marini a. a. O.) für „sinnlos" erklärt.

[66] Vgl. Sohm, Inst., S. 580 f.

[67] Vgl. oben S. 29.

[68] S. 22 und 25.

1. In der Interpretatio zu 2, 12, 1 handelt es sich um die Worte: susceptam litem . . . per actionem repetendo fuerit contestatus. Subjekt ist der durch die Mandatserteilung instituierte dominus et procurator. Suscepta ist die lis im Augenblick der Institutierung[69]. Repetere wird man etwa mit den Worten: „(durch Klageerhebung) zurückfordern" wiedergeben können[70]. Der Gedanke, daß dieses Zurückfordern durch Klage-

[69] Oben S. 29.

[70] Diese Bedeutung von repetere erhellt aus den Worten der Interpr. zu 2, 12, 1 (Fortsetzung der oben S. 27 f. abgedruckten Stelle): quia sicut in rebus, quae possidentur, procuratores tantum adversus pulsantes, nec non (vgl. unten gegen Ende dieser Anmerkung) et domini possunt firmiter ordinari: ita in rebus, quae repetuntur, dominos procuratoresque facere is, qui pulsat ac repetit, iure permittitur. — Die letzten Worte ergeben unmittelbar: repetere ist gleich pulsare, klagen, und zwar klagen in allen Prozessen: die res, quae possidentur, und die res, quae repetuntur, unterscheiden sich nicht ihrer Individualität nach, sondern nur nach dem Standpunkte, von dem aus sie angesehen werden: Derselbe eine Prozeß ist res, quae possidetur, vom Standpunkte des Beklagten aus (dies folgt aus dem adversus pulsantes; der Beklagte ist der possessor) und res, quae repetitur, vom Standpunkte des Klägers (is qui pulsat ac repetit) aus. Die Stelle will also sagen: Ebenso wie der Beklagte sowohl procuratores tantum, bloße procuratores, non domini, als auch procuratores et domini (oben S. 28 a. E.) bestellen kann, ebenso kann der Kläger nach seiner Wahl sowohl procuratores mit der Eigenschaft eines dominus als auch bloße procuratores bestellen. -- Diese Auffassung beruht auf der von Haenel (Lex Rom. Vis. und Cod. Theod.) vorgezogenen, von Mommsen verworfenen Lesart: nec non statt nam non. Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß die von Mommsen bevorzugte Variante nam non den offenbar angestrebten Parallelismus (sicut . . . ita) nicht in die Erscheinung treten läßt. Überdies deckt sich unsere Deutung der Stelle genau mit der Glosse des Cod. Paris. 4413 (Haenel, Lex Rom. Vis., S. 462; Conrat, Gesch., S. 246 Anm. 2) a. h. l.: Sicut illi, qui manu tenent, possunt ordinare de eadem re procuratores ad tuendum (das sind die procuratores tantummodo) vel dominum ad possidendum (das sind die procuratores et domini), ita illi, qui repetunt, possunt (scil. ordinare) procuratores ad querendum (procuratores tantummodo) vel dominos, qui rem si vindicata fuerit, possideant. — Wenig glücklich die Übersetzung der Interpretatio a. a. O. bei Conrat, Brev. Al., S. 313; besser, aber immer noch nicht ganz zutreffend, die Erläuterung in: Westgoth. Paulus, S. 221 f. Anm. 642. An beiden Stellen versteht

erhebung zu geschehen habe, ist in den Worten per actionem besonders zum Ausdruck gebracht[71]. Gegenstand der Zurückforderung ist die res, für deren Einklagung (petitio) der dominus et procurator nach den Eingangsworten der Interpretatio (2, 12, 1) bestellt worden ist.

Das contestari susceptam litem erfolgt also, „indem er (der dominus et procurator) durch Klageerhebung zurückfordert". Diese letzten Worte sind, für sich genommen, nicht eindeutig. Sie können, allein betrachtet, mit dem gleichen Rechte auf die Einreichung der Klageschrift, auf deren Zustellung oder auch auf den mündlichen Klagvortrag im ersten Termin bezogen werden. Da aber contestari litem für die Interpretatio die Streiterklärung durch Einreichung der Klagschrift bezeichnet[72], so ergibt sich, daß die Worte: susceptam litem per actionem repetendo contestari zu übersetzen sind: den (zur Durchführung als dominus et procurator) übernommenen Streit durch Einreichung der Klagschrift (der Behörde gegenüber) erklären[73].

Von dem Fiktionsgedanken[74] findet sich keine Andeutung. Im Gegenteil, es ist auch an dieser Stelle deutlich, daß das litem contestari lediglich auf einen äußeren Vorgang als solchen zu beziehen ist, auf einen Vorgang, mit dem die Idee der römischen litis contestatio sich nicht mehr verbindet. Wie wäre es sonst zu erklären, daß das litem contestari ins Werk

---

Conrat unter den nach nec non genannten domini die domini causae, und nicht, wie es wegen des Parallelismus notwendig ist, die domini et procuratores. Überdies dürfte es schwer sein, sich unter dem ordinari der domini etwas vorzustellen, wenn sie die Vertretenen waren. Die von Conrat an beiden Stellen gebotene Übersetzung des ordinari mit „auftreten" ist nicht genau und wird durch die angeführte Glosse widerlegt.

[71] Conrat, Brev. Al., S. 313 übersetzt: „mittels Actio".

[72] Oben S. 25, vor III.

[73] Die Worte causa actione contestata der Interpr. zu Cod. Theod. 1, 2, 10 (7 [8]) (vgl. oben S. 17 Anm. 13) bedeuten also: nach Erklärung des Streits durch Einreichung der Klagschrift (Bittschrift). — Man denke auch an die Interpr. zu Cod. Theod. 2, 4, 4: . . . per scripturam lis fuerit contestata, dazu oben S. 25 f.

[74] Vgl. oben S. 5 ff. und 13.

gesetzt werden könne per actionem repetendo, durch den äußeren Vorgang der Einreichung der Klagschrift?

2. Die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 12, 7 bietet in ihrem Wortlaut[75] keinen Anhalt zu einer Feststellung des Sinnes, in dem sie die Worte post litem contestatam versteht. Da aber nicht anzunehmen ist, daß die Interpretatio litem contestari an dieser Stelle in einem anderen Sinne gebraucht als an den bisher besprochenen Stellen, so kann es als sicher angenommen werden, daß auch hier das litem contestari als die durch Einreichung der Klagschrift bewirkte Streiterklärung[76] aufzufassen ist[77]. Von dem Fiktionsgedanken[78] ist nichts zu bemerken.

V. Interpretatio zu Nov. Valent. 35 (Brev. 12)[79]:

. . . Nam etiamsi lis intra tricennium inchoata fuerit et non definita, quasi nec coepta fuerit, ita habeatur extincta: exceptae pupillares causae, quibus pro aetatis fragilitate, sicut lex divi Theodosii continet, constat esse consultum, ut ea tempora in tricennio non inputentur, in quibus minores sub tutorum iubentur potestate consistere. A quibus tamen si post vicesimum et quintum annum ex eo, quo conpetere actio coeperat, lis fuerit contestata, quinque tantum annos super tricennium pupillis iubet augeri: ita ut conpletis triginta et quinque annis, sicut reliquorum causae intra triginta annos, ita et eorum intra triginta et quinque annorum spatia concludantur. Pupillorum vero causae vel lites, quae, antequam ad vicesimum et quintum annum perveniant, contestatae fuisse probantur, intra tricennium sine adiectione quinquennii modis omnibus consumantur.

Auch hier kann auf Grund der bisher aus der Interpretatio

---

[75] Oben S. 28.

[76] Oben S. 25, vor III, und S. 32 bei Anm. 72.

[77] Conrat, Brev. Al., S. 313, 314, 491, 493, spricht bei der Übersetzung der Interpr. von Cod. Theod. 2, 12, 1 und 7 stets einfach von Litiskontestation. Sollte Conrat hier an die litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses denken?

[78] Oben S. 5 ff. und 13.

[79] Mommsen-Meyer II, S. 150 f. Zeile 170—179.

gewonnenen Ergebnisse das litem contestari nur auf die Einreichung der Klagschrift bezogen werden. Auch hier ist ein Weiterleben des Fiktionsgedankens[80] in der Interpretatio nicht bezeugt.

VI. Damit sind die Stellen, an denen die Worte litem contestari und litis contestatio in der Interpretatio vorkommen[81], besprochen. Zur Unterstützung der voranstehenden Ausführungen ergibt das Breviar noch einige Argumente, auf die hier verwiesen werden soll.

1. Es kommen zunächst diejenigen Stellen in Betracht, an denen litem contestari zwar im Text der römischen Quelle, nicht aber in der Interpretatio auftritt[82].

a) Paulus visig. 1, 13, 9:

Sententia: Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.

Interpretatio: Si auctor de petitione hereditatis sibi debitae ita silentium gessit, ut nullam proponeret actionem, heres eius ab hereditatis ipsius petitione repellitur.

An die Stelle des litem contestari der Sentenz setzt die Interpretatio: actionem proponere. Eben diese Worte verwendet der Schlußsatz der Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 2, 10 (Brev. 7 [8])[83] in demselben Zusammenhange. Daß dort diese Worte (actionem proponere) die Einreichung der Klagschrift bezeichnen sollen, ist zweifellos, da sie nach dem Zusammenhange nur als ein anderer Ausdruck für die oblatio precum verstanden werden können[84]. Dazu kommt, daß die Interpretatio zu Nov. Valent. 25 (Brev. 6) das actionem proponere als einen vor Gericht stattfindenden Vorgang erkennen läßt, wenn sie (am Schluß des zweiten Satzes)[85] sagt: apud iudicem

[80] Oben S. 5 ff. und 13.
[81] Vgl. oben S. 12 f.
[82] Vgl. oben S. 11 Anm. 3 und 4, verb. mit S. 12 f.
[83] Oben S. 14 oben.
[84] Vgl. oben S. 14 ff.
[85] Mommsen-Meyer II, S. 120 Zeile 47.

actio proponatur[86]. Es ist also wahrscheinlich, daß auch die Interpretatio zu der zitierten Sentenz mit actionem proponere die Einreichung der Klagschrift bezeichnen will. Da die Worte actionem proponere von der Interpretatio an Stelle des litem contestari der Sentenz gebraucht werden, so ergibt sich abermals ein Beleg für den Satz: die Interpretatio versteht unter litem contestari die Einreichung der Klagschrift; lediglich diesen äußeren Vorgang: der Fiktionsgedanke[87] ist in der Interpretatio nicht mehr lebendig.

b) Cod. Gregorianus 3, 5 (1)[88].

Konstitution: Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit.

Die Interpretatio begnügt sich damit, zu erklären: Interpretatione non eget. Dürfen wir dieser Versicherung glauben? Oder ist nicht vielmehr anzunehmen, daß die Interpretatio auch an dieser Stelle die litis contestatio ihrer Vorlage so wenig verstanden hat wie anderwärts?

c) Cod. Hermog. 2, 1[89].

Konstitution: Licet ante litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam in tantum quantum ad eos pervenit teneri, ne scelere ditentur alieno, certissimi iuris est. auditis itaque partium allegationibus v. c. proconsul provinciae Africae amicus noster in pronuntiando formam iuris sequetur.

Interpretatio: Haec lex praecipit, ut in criminalibus causis, si quis antequam moriatur non fuerit de facti sui scelere conventus atque convictus, si post eius obitum quod ab eo cum poena reddendum erat apud successores eius fortasse repertum fuerit, hoc tantum ab

---

[86] Vgl. auch Interpr. zu Cod. Theod. 2, 1, 4 und 6, wonach das negotium proponere geschieht apud iudicem.

[87] Vgl. oben S. 5 ff. und 13.

[88] Haenel, Ausgabe der lex Rom. Vis., S. 446; Collectio III, S. 227.

[89] Haenel, Ausgabe der lex Rom. Vis., S. 450; Zitate nach Collectio III, S. 234 f.

heredibus reddendum est, quod ad eos cognoscitur pervenisse.

Die Konstitution läßt, der Regel entsprechend, die Perpetuierung der Poenalklagen mit der litis contestatio eintreten. Die Interpretatio schweigt von der litis contestatio. Sie spricht statt dessen von dem Augenblicke, in dem der Beklagte conventus atque convictus ist. Zwar läßt sich zugunsten des conventus sagen, daß in der Konstitution das conveniri im engsten Zusammenhange mit der litis contestatio steht. Für das convictus aber fehlt der Interpretatio jede Entschuldigung. Die Verwendung dieses Wortes zeigt, daß die Interpretatio für die nachklassische litis contestatio kein Verständnis besitzt.

d) Cod. Theod. 5, 18 (Brev. 10), 1 und 4, 14 (Brev. 12 [13]), 1.

In beiden Fällen läßt die Interpretatio die von der lis contestata handelnden Stellen der Konstitution unberücksichtigt[90].

Es wird unten[91] auszuführen sein, daß nach beiden Konstitutionen die litis contestatio (im nachklassischen Sinne!) auf den Augenblick der conventio, d. h. der Zustellung der Klagschrift, fällt. Hätte die Interpretatio die litis contestatio im nachklassischen Sinne noch gekannt, so wäre es ihr ein Leichtes gewesen, den Konstitutionen zu folgen und mit Hilfe des Fiktionsgedankens[92] den Begriff der litis contestatio mit der Zustellung der Klagschrift zu verbinden. Daß die Interpretatio aber gerade diese beiden Konstitutionenstellen, nach denen die conventio als Zeitpunkt der litis contestatio anzusehen ist, übergangen hat, läßt klar erkennen, daß der Interpretatio der nachklassische Fiktionsgedanke verloren gegangen war. Für sie haftete das Wort litem contestari unverrückbar an der Einreichung der Klagschrift. Wie sollte daher wohl die Einreichung der Klagschrift mit der Zustellung zusammenfallen können!

---

[90] Diese negative Tatsache ist so leicht bei einem Blick in die Quellen zu erkennen, daß Anführung der Texte nicht notwendig erscheint.

[91] Im 2. Abschnitt § 9.

[92] Vgl. oben S. 5 ff. und 13.

2. Die Interpretatio zum westgotischen Paulus 5, 10, 2[93], versteht, wie Conrat[94] bereits bemerkt hat, den dies accepti iudicii der Sentenz nicht mehr als den Tag der litis contestatio, sondern als den dies, qua de causa fuerit iudicatum, also als den „Tag des Urteilspruchs“[94].

3. Im westgotischen Gaius kommt kein einziges Mal das Wort litis contestatio (oder litem contestari) vor. Zu den ausdrücklich von der litis contestatio handelnden Stellen des vollständigen Gaius (3, 83 und 180 f.) und zum ganzen vierten Buch, dessen §§ 103 ff. auch für die Geschichte der litis contestatio von Bedeutung sind, fehlen im westgotischen Gaius überhaupt die Parallelstellen[95].

VII. Nach allen diesen Beobachtungen wird man nicht mehr geneigt sein, auf ein Weiterleben der nachklassischen litis contestatio in der Interpretatio aus der Tatsache zu schließen, daß die Interpretatio gelegentlich ihre „litis contestatio“ von den Folgen der römischen litis contestatio begleitet sein läßt. So äußert sich die Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 2, 10 (Brev. 7 [8])[96] in einer Weise, die an die römische Perpetuierung der

[93] Sententia: Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur . . .
Interpretatio: Ex ea die, qua de causa fuerit iudicatum, . . . dupli fructus computantur . . .

[94] Westgoth. Paulus, S. 217 f.

[95] Vgl. Conrat, Westgoth. Gaius, S. 17 und S. 22 Anm. 59. — Hitzig, Z.[2] f. RG. XIV, S. 210 f. bemerkt zwar richtig: „Von den auf die Aufhebungsarten der Obligation sich beziehenden Paragraphen bei Gaius (III, §§ 168—181) wird nur § 168“ in den westgotischen Gaius „aufgenommen“; dann aber vertritt Hitzig die Ansicht, daß an der Geltung der übrigen Aufhebungsgründe (also auch der litis contestatio: Gaius 3, 180 f.), obwohl sie nicht erwähnt sind, nicht gezweifelt werden könne. Wenn die Entstehung des westgotischen Gaius, wie Hitzig (a. a. O. S. 217) annimmt, in die Zeit zwischen 384 und 389 fiele (dagegen Conrat a. a. O. S. 47 ff.), so würde man dieser Auffassung zustimmen können. Für die Zeit der Abfassung der Breviars aber würde man auch dann die im Text (unter 3) bezeichnete Tatsache nur als ein Zeugnis für den Untergang der litis contestatio verstehen dürfen. Überdies aber dürfte die Entstehung des westgotischen Gaius, auch wenn sie vor der Abfassung des Breviars liegt, viel später anzusetzen sein, als Hitzig annimmt. Seine Argumentation (a. a. O.) scheint mir nicht zwingend.

[96] Oben S. 13 f.

Klagen durch die litis contestatio erinnert. So verfügt die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 12, 1[97], daß der »dominus et procurator«, wenn er bei Lebzeiten des mandator „litem kontestiert" hat, auch nach dem Tode des mandator die ihm übertragene Sache behalten, wie ein Eigentümer einen anderen procurator einsetzen und die Klage seinen Erben hinterlassen könne. Sieht man in diesen beiden Fällen aber auf die Konstitution, so zeigt sich, daß die Interpretatio lediglich deren Worte umschreibt. Man darf sich also durch den angegebenen Sachverhalt nicht dazu verleiten lassen, ein Weiterleben der Idee der litis contestatio in der Interpretatio anzunehmen[98].

VIII. Es ergibt sich: Die Interpretatio bezeugt den Untergang der Idee der litis contestatio, die im nachklassischen Prozesse kraft des Fiktionsgedankens erhalten geblieben war[99]. Nur die Worte litis contestatio und litem contestari sind in der Interpretatio noch lebendig.

§ 4. Die späteren westgotischen Quellen und die Literatur zum Breviar als Zeugnisse für das Verschwinden auch der Worte litis contestatio und litem contestari.

I. In den späteren, auch für die Römer geltenden westgotischen Gesetzen kommt die litis contestatio nicht mehr vor. Weder in dem Prozeßkostengesetz des Königs Theudis vom 24. November 546[1], das für Römer und Goten erlassen war[2], noch — hierauf hat bereits Bethmann-Hollweg[3] hingewiesen — in der lex Visigothorum, welche (unter

[97] Oben S. 27 f.

[98] Ebenso ist es ohne Bedeutung, wenn die Interpretatio gelegentlich von incoare litem (vgl. Cod. Theod. 4, 18 [Brev. 16], 2) oder von der ncoanda actio oder der repetitio incoata (Cod. Theod. 2, 19, 5), oder von der res in iudicium deducta (Cod. Theod. 4, 18 [Brev. 16], 1) oder der res in lite posita (Cod. Theod. 8, 12 [Brev. 5], 1; Mommsen-Meyer I, S. 409 Zeile 7) spricht.

[99] Vgl. oben S. 4 ff.

[1] Herausg. von Zeumer, Neues Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde XXIII (1897), S. 77 ff.

[2] Vgl. Brunner, RG. I², S. 514 a. E.

[3] IV, S. 243. Vgl. aber unten Anm. 6.

Aufhebung der lex Romana Visigothorum) für Römer und Goten gemeinsam erlassen wurde[4], ist von der litis contestatio die Rede[5]. Nicht einmal mehr das litem contestari im Sinne der Interpretatio (vgl. oben § 3) ist in diesen Quellen anzutreffen. Selbst die Worte litis contestatio und litem contestari scheinen aus der lebendigen Rechtssprache verschwunden zu sein[6]. Findet sich doch auch weder in den „Holkhamer Kapiteln"[7], noch in den Etymologien Isidors[8]

---

[4] Brunner, RG. I², S. 491.

[5] Vgl. auch den Index III zur lex Vis. (MG.LL. Sectio I, tom. I, S. 493 ff.) unter contestare, contestatio und lis. — Die Grundbedeutung von contestare (contestari) ist etwa: feierlich, ausdrücklich erklären; Sonderbedeutungen: verlautbaren: VIII, 3, 3; IX, 1, 6; auffordern, ermahnen: IV, 2, 4; 14. In VIII, 6, 2 ist die iudicis contestatio die Aufforderung der Obrigkeit, eine Imkerei in eine einsamere Gegend zu verlegen. Lis bedeutet oft nicht den Prozeß (wie in II, 4, 13 u. X, 1, 4), sondern den rohen (VI, 4, 3; 5, 4 f.) oder den wissenschaftlichen Streit (IV, 2, 7: das zitierte Register denkt hier — allerdings mit einem Fragezeichen — an die lis iudicialis).

[6] Vgl. Dahn (Westgotische Studien, Würzburg 1874, S. 251) und Halban (Röm. R. in den germ. Volksstaaten I, S. 236 bei Anm. 6), der aber irrtümlich Bethmann-Hollweg a. a. O. für die gleiche Ansicht zitiert. Bethmann-Hollweg a. a. O. nimmt nämlich auch für das Recht der lex Visigothorum eine litis contestatio an, obwohl er, wie eben gezeigt, sehr wohl weiß, daß die lex Visigothorum nicht von einer litis contestatio spricht. Er beruft sich auf die „Natur der Sache" und auf Form. Vis. 40 (MG. Formulae, S. 593). Die in dieser Formel bezeugten Parteierklärungen hält Bethmann-Hollweg (a. a. O. S. 213) für die litis contestatio, obwohl kein Wort davon in der Quelle steht. Diese Anschauung Bethmann-Hollwegs ist als ein Ausdruck der in den letzten Paragraphen dieser Arbeit darzustellenden naturrechtlichen Auffassung der litis contestatio zu verstehen. Mit dieser Auffassung kann man aber der historischen Frage nach dem späteren Schicksal des konkreten, im römischen Recht entwickelten Prozeßinstituts litis contestatio nicht gerecht werden.

[7] Ausg. von Zeumer, MG.LL. Sectio I, tom. I (leges Visigothorum), S. 469 ff., unter dem Titel: Collectiones iuris Romano — Visigothici capita VII—XX (Fragmenta Gaudenziana), dazu Brunner, RG. I², S. 494 ff.; Conrat, Gesch., S. 279 ff.

[8] Ausg. bei Migne, Patrologiae cursus completus, LXXXII (Paris 1850), col. 74 ff. — Vgl. Conrat, Gesch., S. 150 ff.

(um 570—636)[9] eine Spur von der litis contestatio. Insbesondere in dem fünften Buche der Etymologien, dem liber de legibus et temporibus, sucht man vergebens nach der litis contestatio[10]. Dieser Umstand ist bei dem großen Einfluß, den die Etymologien, und gerade das fünfte Buch, auf die Folgezeit gehabt haben[11], besonders beachtenswert und spricht mit erhöhtem Gewicht für die Annahme, daß auch die in der Interpretatio wenigstens noch lebendigen Worte litis contestatio und litem contestari in der Zeit nach der Abfassung des Breviars in Vergessenheit geraten sind.

II. Dieser Eindruck wird verstärkt durch einen Blick in die Literatur zum Breviar[12].

1. Ich verweise zunächst auf die Epitomen. Diese Bearbeitungen des Breviars darf man sämtlich als fränkische Erzeugnisse aus der Zeit vom siebenten bis zum neunten Jahrhundert bezeichnen[13]. In unserer Frage bieten sie folgendes Bild:

---

[9] Conrat S. 150.

[10] Die Worte in 5, 24, 19: ad Placitum vero etiam nolens compellitur, veluti quando quisque paratus sit in iudicio ad respondendum, könnten nur auf die litis contestatio im Sinne Justinians (Cod. Just. 3, 9, 1; vgl. oben S. 5), nie aber auf die hier allein in Frage kommende litis contestatio im Sinne der Interpretatio (vgl. oben § 3) bezogen werden. Da aber „Isidor die justinianische Gesetzgebung nicht gekannt hat" (Conrat, Gesch., S. 98 f.), und da obendrein auch in 5, 24, 19 das Wort litis contestatio nicht gebraucht wird, so läßt sich aus dieser Stelle kein Argument für die Bekanntschaft Isidors mit der litis contestatio entnehmen. — Überdies verweise ich insbesondere auf 18, 15: De foro, wo man gleichfalls vergeblich nach der litis contestatio sucht. Wie weit der Verfasser von einer Kenntnis dieses Prozeßinstituts entfernt gewesen sein dürfte, zeigt 18, 15, 4: Lis a contentione limitis prius nomen sumpsit. De quo Virgilius: Limes erat positus, litem ut discerneret agri.

[11] Conrat, Gesch., S. 153.

[12] Vgl. dazu Conrat, Gesch., S. 218 ff.

[13] Näheres bei Conrat S. 222 ff.; Brunner, RG. I², S. 515 f. Ausgaben der Epitomen bei Haenel, Lex Rom. Vis., wo auch eine Epitome S. Galli auftritt. Dieses meist als Lex Romana Curiensis oder als Lex Utinensis bezeichnete Werk der Literatur (vgl. Conrat, Gesch., S. 286), bleibt hier zunächst außer Betracht. Es wird weiter unten besprochen werden (unter 2., S. 49 ff.).

a) Dort, wo die antike Quelle das Wort litem contestari oder lis contestata gebraucht, die Interpretatio aber dieses Wort nicht enthält[14], fehlt — mit einer einzigen, gleich zu besprechenden Ausnahme — dieses Wort auch in den zu diesen Stellen überlieferten Epitomen. Man vergleiche Text, Interpretatio und Epitomen zu folgenden Stellen des Breviars:

Cod. Theod. 4, 12 (13)[15], 1[16];
Cod. Theod. 5, 10[17], 1[18];
Pauli sent. 1, 13, 9[19];
Cod. Hermog. 2, 1[20].

Besonders deutlich zeigt die letzte Stelle, wie weit die Epitomen von einem Verständnis der römischen Quelle entfernt sind. Schon die Interpretatio hatte hinter den Worten „conventus atque convictus" die in der Konstitution bei Namen genannte lis contestata verschwinden lassen[21]. Die Epitome Aegidii sagt aber lediglich: convictus, die Epitome Guelpherbytana: confessus, die Epitome Monachi: confessus atque convictus. Keine der drei Epitomen — andere fehlen zu dieser Stelle — enthält also auch nur die leiseste Erinnerung an die litis contestatio. Selbst das conventus, womit die Interpretatio wenigstens noch den Zusammenhang mit der Konstitution wahrte[21], ist verschwunden.

Die erwähnte Ausnahme bildet Cod. Gregor. 3, 5 (1), 1. Diese bereits besprochene Stelle[22] entbehrt einer Interpretatio: „Interpretatione non eget". Bei dieser Sachlage waren die Epitomatoren genötigt, sich an die Konstitution zu halten, und sie haben dies in der Weise getan, daß sie deren Wortlaut:

[14] Vgl. oben S. 11 f. und S. 34 ff. unter VI, 1.
[15] Cod. Theod. 4, 14.
[16] Vgl. oben S. 36 unter d.
[17] Cod. Theod. 5, 18.
[18] Vgl. oben S. 36 unter d.
[19] Vgl. oben S. 34 unter a.
[20] Vgl. oben S. 35 unter c.
[21] Vgl. oben S. 35 f. unter c.
[22] Vgl. oben S. 35 unter b.

Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit

unverändert[23] übernahmen. Daraus ergibt sich aber, daß aus diesem der Interpretatio gegenüber selbständigen Vorkommen der lis contestata in den Epitomen nicht auf eine Selbständigkeit der Epitomen in der Frage der litis contestatio geschlossen werden darf. Ihre Verfasser haben die Worte ante litem contestatam nur abgeschrieben, und es ist billig zu bezweifeln, daß sie sich etwas Richtiges darunter haben denken können.

b) Dort, wo die Interpretatio die Worte litem contestari, lis contestata oder litis contestatio gebraucht[24], ist das Bestreben der Epitomatoren nicht zu verkennen, jene Worte durch andere zu ersetzen. Wo die Worte aber in einer Epitome vorkommen, schließt sich ihr Text auch im übrigen eng der Interpretatio an. Dieser Sachverhalt muß durch Anführung der einzelnen Stellen nachgewiesen werden.

α) L. Rom. Vis. Cod. Theod. 1, 2, 7 (8)[25].

Interpretatio[26]: Si quis principi de negotio suo preces obtulerit, litem contestatus esse cognoscitur. Et si defunctus fuerit is qui preces obtulerit, vel si contra quem obtulit, actio et heredibus defuncti et contra heredes pulsati salva permaneat, quia causa actione contestata ea, quae conpetebat defuncto, conpetit et heredi. Si vero auctor quolibet ordine repetitionem suam praesens non publicaverit, heres eius, unde auctor actionem non proposuit, agere prohibetur.

Epit. Aegidii: Actionem, quae ab auctore inchoata est, ab herede peragendam, et quae ab auctore non fuerit incepta, ab herede minime sit requirenda.

Epit. Suppl. Lat. 215: Actionem, quae ab auctore inchoata est, ab herede peragatur.

---

[23] Die Eigentümlichkeiten der Epit. Guelph. sind wohl nur als Schreibfehler oder Abkürzungen zu verstehen. Bei ihr lautet die Stelle: Fructus. ante litem contestatam perceptus. male fidei. possessor restitue placit. Sie zitiert dann noch Gai. tit. IX.

[24] Vgl. oben S. 12 f.

[25] Cod. Theod. 1, 2, 10. Vgl. oben S. 5.

[26] Vgl. oben S. 13 ff.

Epit. Guelph.: Auctor. dum de negucio contestatur. aut si selencium gerens moriatur. accio heredibus servanda . . . (es wird Paulus 1, 13, 9 zitiert).

Epit. Monachi: De Actione ante Principem. Si quis principi de negotio suo preces obtulerit, litem contestatus esse cognoscitur. Et si ipse defunctus fuerit vel ipse, contra quem obtulit, actio heredibus defuncti et contra heredes pulsati salva permaneat. Quod si auctor petitionem suam praesens non publicavit, heredes eius haec agere prohibentur . . . (Subscriptio).

Die Epit. Monachi hat als einzige das litem contestari beibehalten. Sie ſchließt ſich auch im übrigen weitaus am engſten an den Wortlaut der Interpretatio an. Die Epit. Guelph. erſetzt das litem contestari durch de negucio contestari, zu dem das selencium gerere den Gegenſatz zu bilden ſcheint. Die Worte de negucio contestari ſollen alſo vielleicht den Gedanken der Klagerhebung, der „Streiterklärung“ [27], zum Ausdruck bringen. Man ſieht, wie ſehr die litis contestatio in Vergeſſenheit geraten war.

β) Cod. Theod. 2, 4, 2.

Interpretatio[28]: Contestari apud rectores provinciae vel defensores aut omnes, apud quos gesta conficiuntur, litem iubemus, ne ullus nomen absentis aut mortui vel qui non potuerit inveniri in litis contestatione recipiat, ne falsitatis inveniatur occasio.

Epit. Aeg.: Ut in chartis nomen mortui nec absentis vel qui non potuerit inveniri, non ponatur.

Epit. Suppl. Lat. 215: Ut in gestis vel reliquis chartis non ponatur nomen nec mortui nec absentis.

Epit. Guelph.: IN LITIS contestacionē mortui. nomen vel absentis. non recipiendam.

Epit. Monachi: De Testibus (!). Iubemus, ne ullus nomen absentis aut mortui vel qui non poterit inveniri in litis contestatione recipiant.

---

[27] Vgl. oben S. 25, vor III.

[28] Vgl. oben S. 18 ff.

Keine einzige Epitome enthält auch nur den Versuch, den ersten, das litem contestari enthaltenden Teil der Interpretatio wiederzugeben; vielleicht wegen der unpraktisch gewordenen Beamtennamen, die in diesem Teile vorkommen. Aber auch das unverständlich gewordene litem contestari mag dazu beigetragen haben, daß dieser Teil der Interpretatio als gänzlich veraltet übergangen wurde. So kommt es, daß der zweite Teil der Interpretatio, der nur die ratio legis enthält, von den Epitomen durchgängig in eine selbständige Bestimmung verwandelt worden ist[29], die kaum einen vernünftigen Sinn ergibt. Die beiden ersten Epitomen ersetzen das Wort litis contestatio durch charta. Sie erinnern so noch entfernt daran, daß die Interpretatio unter litis contestatio die Klagschrift verstand[30]. Die beiden anderen Epitomen behalten zwar das Wort litis contestatio bei, sie schließen sich aber auch insofern enger an die Interpretatio an, als sie im Gegensatze zu den beiden ersten das Wort recipere mit übernehmen. Überdies beweist die Epitome Monachi durch die Überschrift De Testibus, daß ihr selbst die litis contestatio im Sinne der Interpretatio unbekannt geworden ist.

γ) Cod. Theod. 2, 4, 4.

Interpretatio[31]: Posteaquam per scripturam lis fuerit contestata et per publicam conventionem, quisquis ille est qui pulsatur agnoverit, tunc lis incoata dicatur, si tamen litigantum perfectae probantur aetates. Nam si quis principis beneficio contra rationem legis causae suae tempora speraverit prolongari, quidquid pro hac re meruerit, non valebit.

Epit. Aeg.: Tunc causa inchoata videtur, quando per scripturam aut per publicam conventionem eam cognitam fecerit. Et si quis per principis beneficium extra rationem legis contra adversarium suum tempora speraverit prolongari, quicquid pro hac re meruerit, non valebit.

[29] Man beachte insbesondere, welch anderen Sinn das ne hinter iubemus in der Epit. Monachi hat als in der Interpretatio!

[30] Vgl. oben S. 23.

[31] Vgl. oben S. 25 f.

Epit. Suppl. Lat. 215: Posteaquam per scripturam lis fuerit contestata et per publicam conventionem quisquis ille est, qui pulsatur agnoverit, tunc lis inchoata dicatur, si tamen litigantium perfectae probantur aetates. Nam si quis per principis beneficium contra rationem legis causae suae tempora speravit prolongari, quicquid pro hac re meruerit, non valebit.

Epit. Guelph.: PENDENTE Lite ꝑ scriptu᷑ (per scripturam) tempora non prolongari.

Epit. Monachi: De Dilatione litis. Posteaquam per scripturam lis fuerit contestata et per publicam conventionem quisquis se pulsatum agnoverit, tunc lis inchoata dicatur, si tamen litigantium perfectae probantur aetates. Nam si quis principum beneficio contra legem causae suae tempora speraverit prolongari, non valebit.

Auch hier iſt es deutlich, wie nur diejenigen beiden Epitomen, die ſich auch im übrigen der Interpretatio aufs engſte (bis zu faſt gänzlicher Übereinſtimmung) anſchließen (Epit. Suppl. Lat. 215 und Epit. Monachi), das Wort lis contestata mit übernommen haben, während dieſes Wort gerade in den beiden freier geſtalteten Epitomen fehlt[32].

δ) Cod. Theod. 2, 12, 1.

Interpretatio[33]: Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiam si ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei rem, quam repetendam susceperat, sibimet defensare et alium procuratorem in hac causa, si voluerit, qui repetat, ut dominus ordinare

[32] Aus den Anfangsworten der Epit. Guelph. (Pendente lite) darf man nicht darauf ſchließen wollen, daß der Verfaſſer noch etwas von der römiſchen litis contestatio gewußt habe. Er iſt offenſichtlich zu dieſer Wendung veranlaßt worden durch den zweiten Satz der Konſtitution: Et si qui perennitatis nostrae pendentibus temporibus responsa protulerit, non modo tempora, quorum erunt curricula, non dilatentur, sed et quidquid elicitum erit, frivolum iudicetur (dazu Kipp, Litisden., S. 244 ff.).

[33] Vgl. oben S. 27 ff.

atque actionem ad heredes suos successoresque transmittere . . .

Epit. Aeg.: . . . Si quis dominus et procurator fuerit institutus et ille, qui tale mandatum fecit, ab hac luce discesserit, liceat ei qui repetit rem vindicare et ad heredes successoresque eam transmittere.

Epit. Suppl. Lat. 215: Qui dominus et procurator per mandatum fuerit institutus et vivo mandatore causam exsequi coeperit, illo mortuo, qui mandavit, potest procuratorem et successorem ut dominus ordinare, et rem sibi metu indicare (sibimet vindicare) et ad suum heredem transmittere . . .

Epit. Guelph.: Qui dominus et procurator. instituitur. eciam mortuo auctore accioñ potest agere. et in alio si voluerit mandatu' facere potest . . .

Epit. Monachi: Qui dominus et procurator fuerit institutus et vivo mandatore causa in iudicio publicata fuerit, etiamsi ille, qui ei mandatum fecerit, de hac luce discedat, possit inchoatam litem finire, et alium procuratorem si voluerit posse instituere et ad heredes suos inchoatam litem transmittere . . .

Keine Epitome hat das litem contestari aus der Interpretatio übernommen. Die Epit. Aeg. und die Epit. Guelph. laſſen ſogar den betreffenden Satzteil der Interpretatio gänzlich beiſeite, die beiden anderen Epitomen verwenden andere Worte an Stelle des litem contestari (die Epit. Monachi nimmt die Worte der Konſtitution)[34].

ε) Cod. Theod. 2, 12, 7.

Interpretatio[35]: . . . Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem, nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit, lis vero ad mandatorem redit . . .

[34] Vgl. oben S. 26.
[35] Vgl. oben S. 28 ff.

Dieser Satz der Interpretatio ist nur von zwei Epitomen berücksichtigt worden[36]:

Epit. Suppl. Lat. 215: ... Quodsi procurator aut cognitor tantummodo non dominus et procurator fuerit institutus et postquam causam agere vel respondere coeperit, de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio nihil damni nec potestatis ad suum transmittit heredem; lis vero ad mandatorem redit ...

Epit. Monachi: ... Si procurator aut cognitor post litem contestatam de hac luce discesserit, de causa ipsa nihil ad ipsum pertinebit heredem nisi tantum expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit. Lis vero ad mandatorem redit ...

Die Epit. Monachi behält als einzige die Worte post litem contestatam bei. Die Epit. Suppl. Lat. 215 ersetzt diese Worte durch den Satz: postquam causam agere vel respondere coeperit, und läßt dadurch erkennen, daß ihr selbst das litem contestari im Sinne der Interpretatio (die Einreichung der Klagschrift als Streiterklärung[37]) unbekannt geworden ist[38].

ζ. L. Rom. Vis. Nov. Valent. 12[39].

Die Interpretatio[40] enthält zwei Sätze, in denen lis contestata vorkommt[41]: ... A quibus tamen si post vicesimum

---

[36] Die Epit. Aeg. (Ut exitus rei iudicatae in dominum respiciat, non in actorem) und die Epit. Guelph. (Finem. cause ad mandatorem reddere) bieten nur eine Umschreibung des hier nicht einschlagenden Schlußsatzes der Interpr. a. h. l. (dessen Wortlaut oben S. 30 Anm. 64).

[37] Oben S. 25, vor III.

[38] Man könnte versucht sein, bei den Worten dieser Epitome an die Verordnungen Justinians über die litis contestatio zu denken: Cod. Just. 3, 9, 1 (vgl. oben S. 5); 3, 1, 14 § 4; 2, 58, 2 pr. Im folgenden Abschnitt wird aber zu zeigen sein, daß diese Vorschriften Justinians über die litis contestatio selbst in Italien nur in byzantinischen Gebieten zur Geltung gekommen sein dürften. Dann ist es aber unwahrscheinlich, daß sich in der in Gallien entstandenen Epit. Suppl. Lat. 215 (vgl. Conrat, Gesch., S. 230) Einflüsse dieser justinianischen Gesetze hätten geltend machen können.

[39] = Nov. Valent. 35.

[40] Vgl. oben S. 33.

[41] Mommsen-Meyer II, S. 150 f. Zeile 174 ff.

et quintum annum ex eo, quo conpetere actio coeperat, lis fuerit contestata, quinque tantum annos super tricennium pupillis iubet augeri: ... Pupillorum vero causae vel lites, quae, antequam ad vicesimum et quintum annum perveniant, contestatae fuisse probantur, intra tricennium sine adiectione quinquennii modis omnibus consumantur.

Dieſe beiden Sätze finden ſich nur in der Epit. Monachi wieder[42]: A quibus tamen, si post vicesimum quintum annum ex eo, quo competere actio coeperat, lis fuerit contestata, quinque anni super triginta pupillis augeantur ... Pupillorum causae, quae ante viginti et quinque annis fuerint contestatae, intra tricennium consumitur. Man beachte aber, daß im letzten Satze die Worte vel lites nicht von der Interpretatio übernommen ſind, ſo daß nur von causae contestatae die Rede iſt.

Die Epit. Aeg. bringt nur den zweiten Satz: Pupillorum vero causae, quae infra vicesimum et quintum annum contestatae fuisse probantur, infra tricennium sine adiectione quinquenni modis omnibus consumantur. Auch hier iſt nur von causae contestatae die Rede.

Die Epit. Guelph. gibt anſtatt der umfangreichen Beſtimmung über die Verjährung nur folgenden Torſo[43]: ... de tricinale lege. ei. et infra XXX añ. suis. locis servandas. et pupillis. XXXV. añ concessus. Von der litis contestatio kein Wort.

Epit. Lugd. tacet.

Die Epit. Monachi iſt alſo die einzige, welche die Worte lis contestata bringt, und auch ſie tut dies nur an einer der beiden Stellen, in denen lis contestata in der Interpretatio vorkommt.

Ein Rückblick auf die im vorigen aufgeführten ſechs Fälle[44] läßt erkennen, daß ſich außerhalb der Epit. Monachi in den Epitomen nur noch verſchwindend geringe Reſte der litis contestatio finden:

---

[42] a. h. l. unter VIII.

[43] unter XII.

[44] S. 42 ff. unter b, α bis ζ.

unter α) Epit. Guelph.: de negucio contestatur;
unter β) Epit. Guelph.: litis contestacio;
unter γ) Epit. Suppl. Lat. 215: lis contestata;
unter ζ) Epit. Aeg.: causae contestatae.

Aber auch die Epitome Monachi hat an zwei Stellen (β und δ) das litem contestari verſchwinden laſſen. Daß dieſe Epitome unſer Wort dennoch am häufigſten von allen Epitomen enthält, ſteht im Einklange mit der Tatſache, daß gerade ſie, die Epit. Monachi, ſich beſonders eng an den Wortlaut ihrer Vorlage anſchließt, wie die mitgeteilten Beiſpiele deutlich zeigen[45]. Dieſe Tatſache ergibt die Wahrſcheinlichkeit, daß die Worte litem contestari uſw. lediglich als aus der Interpretatio *abgeſchrieben* und nicht als Ausdruck ſelbſtändiger Geiſtestätigkeit des Epitomators zu werten ſind. Den Beweis dafür, daß er nicht einmal mehr für die in der Interpretatio bezeugte litis contestatio[46] Verſtändnis beſaß, erbringt die Überſchrift der Epit. Monachi zu Cod. Theod. 2, 4, 2 (β): De Testibus.

Nimmt man das oben (unter a)[47] gewonnene Ergebnis hinzu, ſo ſcheint der Schluß gerechtfertigt, daß die Epitomen das *allmähliche Verſchwinden auch des Wortes litis contestatio bezeugen*. Die Art, in der die Worte litem contestari uſw. in den Epitomen auftreten, läßt es als ſicher erſcheinen, daß dieſe Worte bereits zur Zeit der Entſtehung der Epitomen nicht mehr lebendig waren, und daß ſie nur, weil ſie in der Vorlage ſtanden, abgeſchrieben — und ohne Verſtändnis abgeſchrieben wurden.

2. Noch deutlicher als in den Epitomen zeigt ſich das Verſchwinden der litis contestatio in anderen literariſchen Bearbeitungen des Breviars. Ich denke an die *Explanationes Titulorum*, Zuſätze zu den Titeln des Breviars, deren „Aufnahme in das Titelregiſter dem 7. oder 8. Jahrhundert an-

[45] Vgl. auch *Conrat*, Geſch., S. 239: „Das Verhältnis zu dem vom Verfaſſer benutzten Texte des Breviars iſt weithin völlige Abhängigkeit."

[46] Oben § 3.

[47] S. 41 f.

gehören mag“[48]; an die bis jetzt bekannten Glossen zum Breviar[49]; und endlich an das Schriftwerk, welches in der Haenelschen Ausgabe der L. Rom. Vis. als Epitome S. Galli und in den Monumenta Germaniae[50] von Zeumer als Lex Romana Raetica Curiensis herausgegeben ist. Die Frage nach der Heimat dieser „Lex Romana“ wird bekanntlich noch nicht einheitlich beantwortet; die Meinungen sind hauptsächlich zwischen Churrätien und Italien geteilt[51]. Aber auch wenn die lex aus Italien stammen sollte, so würde sich doch ihre Behandlung an dieser Stelle mit Rücksicht auf ihre enge Beziehung zum Breviar, die außer Zweifel steht, zur Genüge rechtfertigen. Die Entstehung des Werkes fällt nach Brunner[52] in das 8. Jahrhundert, vielleicht schon in die Zeit vor 766, nach Ernst Mayer[53] in die Zeit zwischen der Eroberung Italiens durch die Franken und der Mitte des 9. Jahrhunderts.

In den Explanationes Titulorum, in den Glossen und in der Lex Romana kommen die Worte litis contestatio, litem contestari, lis contestata nicht mehr vor.

Zur Unterstützung dieser Behauptung führe ich in der folgenden Übersicht die in Frage kommenden Stellen dieser drei Literaturerzeugnisse an[54].

---

[48] Conrat, Gesch., S. 221 bei Anm. 1; Ausg. bei Haenel, Lex Rom. Vis., S. 5 ff.

[49] Das sind namentlich die bei Conrat, Gesch., S. 240 ff., und bei Haenel, Lex Rom. Vis., S. 459 ff. abgedruckten Glossen. Vgl. auch die in einem 1887 entdeckten Palimpsest (Ausg.: Legis Romanae Wisigothorum Fragmenta ex codice palimpsesto sanctae Legionensis ecclesiae, Matriti MDCCCXCVI) enthaltenen Glossen, von denen aber keine hier in Betracht kommt.

[50] LL. V, S. 289 ff.

[51] Vgl. Brunner, RG. I², S. 516 ff., und die dort Zitierten, insbesondere von der Gegenseite Ernst Mayer, Zur Entstehung der lex Utinensis (Sonderabdruck aus den Mitteilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, XXVI. Bd.).

[52] A. a. O. S. 522.

[53] A. a. O. S. 42.

[54] Welche Stellen in Frage kommen, ergibt sich aus dem oben unter 1a und b Gesagten (S. 41 und S. 42).

(H. = Haenel, Lex Rom. Vis.; C. = Conrat, Gesch.; 241, 1 = S. 241 Anm. 1.)

Breviar	Explan. Tit.	Glossen	Lex Rom. Cur.
Cod. Theod. 1, 2, 7 (vgl. oben S. 13 ff.).	eod. 1, 2: De diversis rescriptis, hoc est, ut falsa suggestio non valeat; — hoc est, si auctoritas fuerit prolata et causa non dicatur, non valeat.	C. 241, 1: contestationem / id est litem (fo!), qua (quae) / scilicet actione, testatori / scilicet suo, competisse / id est complacuisse, Int. contestatus / id est confessus, pulsati / id est acclamati, auctor / id est testator. — C. 242: de negotio suo / de aliqua accione, is / id est ille, actio / id est ipsa res quam quaerit, defuncti / illius qui accusare volebat, ea / id est nota principi facta, competebat / id est pertinebat, competit / pertineat, quolibet / qualicumque, publicaverit / manifestaverit, actionem / querelam, proposuit / non incoavit, agere / ante iudicem, prohibetur / vetatur. — C. 247, 2: heredi / id est ille qui eam primitus movere debuit. — (C. 250, 5: dominorum / id est si ex parte alicuius potentis persone dicit venire vel si ipse nobilis est. Diese von C. a. a. O. z. 1, 2, 7 aufgeführte Glosse gehört wahrscheinlich zu 1, 3, 1). — C. 251, 9: pulsati / mallati vel in iudicium provocati. — H. 460: Mallati / vel in iudicium provocati.	1, 2, 6: Item alia interpretatio. Si duo heredes de sua facultate ante iudicem causa habuerint et, dum ipsa causa inter se habuerint, mortui fuerint, ipsorum heredes ipsa causa de presente inter se agere debeant; quod si ea tacere voluerint, ut de presente eam inter se deliberaverint, post longum tempus secundum legem ipsam causam agere non possunt.

Breviar	Explan. Tit.	Glossen	Lex Rom. Cur.
Cod. Theod. 2, 4, 2 (vgl. oben S. 18 ff.).	eod. 2, 4: De denuntiatione vel editione rescripti, hoc est, qui contra pupillos actionem habeat; — hoc est, ut pupillorum causae in ipsa civitate discutiantur, ubi tutores ipsorum consistunt et ne mortui vel absentis nomen in contestatione recipiatur.	C. 243: Contestari / prohibere (!), gesta / scripture, conficiuntur / fiunt. — C. 246, 2 (= H. 462 unter III.: hoc iubetur ut nullus de iudicibus, in quorum presencia debent testamenta fieri, permittat in aliqua scriptura nomen illius recipi hominis, qui non possit adpresens esse.	vacat.
Cod. Theod. 2, 4, 4 (vgl. oben S. 25 f.).		C. 243: contestata / interpellata, pulsatur / commovetur, tunc / id est ex illo die, principis beneficio / per voluntatem principis, qui(d) quid / id est si etiam scripturam a principe. — C. 246, 2 (= H. 462 unter III): fieri solet per neglegenciam iudicis, ut post quam (H.: per quos) lis incoata fuerit per multa tempora non posset fieri; set non conputentur ad annos, quibus lex iustum possessorem defendit.	vacat.
Cod. Theod. 2, 12, 1 (vgl. ob. S. 26 ff.).	eod. 2, 12: De cognitoribus et procuratoribus, hoc est, ut qui mandatum et dominium rei sus-	C. 244: institutus / ordinatus, vivo mandatore / vivente eo qui ei litem commisit, fuerit con-	vacat.

	ceperit, mandatum suum apud acta alleget; hoc est, procurator, qui per mandatum causam suscipiat alienam, cognitor, qui sine mandato.	testatus / id est si manifestaverit, ille / quis, ei / id est procuratori, sibimet ipsi / ad suum opus, ut / sicut, actionem / querelam, pulsantes / acusantes, solum est / scilicet observandum, actis / scriptis. — C. 246, 2 = H. 462 unter III; mitgeteilt oben S. 31 Anm. 70.	
Cod. Theod. 2, 12, 7 (vgl. ob. S. 26 ff.).		C. 244: mandatum / id est per scripturam, sine mandato / solo videlicet verbo, iniungit / committit, tantummodo / si soli illi, discesserit / scilicet qui querit vivente eo qui ei querelam commisit. — C. 246, 2: plerumque enim ita res committitur, ut peracta ad dominum redeat, aliquando autem ut procurator sibi eam retineat. Quando ergo non ut dominus sicut procurator instituitur, tunc lis ad mandatorem redeat.	2, 11, 1: Imp. Julianus. Data prid. Non. Febr. Interpretatio. Procurator est, cui causam per mandatum committitur. Cognitor est, cui sine mandatum causa sua ad agendo presente iudicem ille qui causam habet et alterum hominem commendat. Si forsitan cognitor et procurator mortui fuerint, ipsa causa ipse homo in dinuo agat, ad quem legitime pertinet. Si vero ille mortuus fuerit, qui alium hominem cognitorem aut procuratorem rogavit in suam causam, ipse procurator vel cognitor tantum post mortem illius de ipsius rem recipiat, quantum ille ei antea promisit, qui eos in suam causam procuratorem aut cognitorem recepit.

Breviar	Explan. Tit.	Glossen	Lex Rom. Cur.
Cod. Theod. 4, 12, 1 § 1 (vgl. oben S. 36).	eod. 4, 12: De actionibus certo tempore finiendis, hoc est, de tricennio et vicennio, decennio et de quinquennio; — hoc est, de tricennii praescriptione et ut pupillis, quamdiu sub tutoribus agunt, non debeant imputari et reliqua.	vacant (C. 241, 1 bringt eine Gl. zu 4, 12, 1 pr.).	vacat.
Cod. Theod. 5, 10, 1 § 5 (vgl. oben S. 36).	eod. 5, 10: De inquilinis et colonis, hoc est, de agnatione eorum; — hoc est, qui colonum alienum in fuga positum triginta annos in re habuerit.	vacant.	5, 10. Zu dem allein in Betracht kommenden § 5 der Konstitution fehlt hier, wie schon in der Interpretatio (vgl. oben S. 36 unter d), die Parallelstelle.
Nov. Valent. 12 § 13 (vgl. ob. S. 33).	eod. 12: De episcopali iudicio, et de diversis negotiis, et de dotibus et de tricennii praescriptione et ut petitori pro reverenda iudicis sententia contumaces deferre non liceat — et de dotibus et de tricennii praescriptione et ut petitorem deferre non liceat pro metuenda sententia contumacis et ut pupillis et postliminiis triginta annorum spatium concedatur.	vacant (die bei C. 248 [Anm. 2 zu S. 247], 249, 2 und 249, 4 [in foro/id est in mallo] und bei H. S. 460 [originarius] mitgeteilten Glossen zu Nov. Valent. 12 beziehen sich nicht auf § 13 der Nov.)	18, 11: . . . Nam sicut in superiore tituli legum Constantini scriptum est, omnes causas post XXX annos eas homo requirere non potest, nisi tantum de postliminio, hoc est, qui de captivitatem reversi sunt, et de minoribus, qui infra annis sunt. Illi vero, qui de captivitatem revertent super XXX annos, III annos causas suas inquirere possunt. Minores vero parvuli super XXX annos, V annos

			causas suas inquirere possunt. Nam super istum numerum causas nullo modo insequerere non possunt . . .
Paul. sent. 1, 13, 9 (vgl. oben S. 34 unter a).	eod. 1, 13: De iudicato, hoc est, qui cartam vitiaverit et virginem violaverit; — hoc est, qui exhibiturum se aliquem iudicio caverit et mortuus fuerit, et qui quodcunque genus scripturae sua praesumptione turbaverit, et qui rem vendiderit et tradere noluerit vel qui de petitione hereditatis sibi debitae silentium gesserit et reliqua.	vacant.	23, 21: Item alia. Si duo heredes facultatem aut terram insimul habuerint, qui equale dividere debeant, et unus de illos maiorem porcionem habuerit, et si ille, qui minus habuerit, illum, qui plus habet, non requisierit: ille, qui amplius habet, nullum damnum exinde non paciatur; nisi quando eum quesierit, de presente per racionem dividant. Et si ille, qui minus habet, illum, qui plus habet, semper quesivit, et ille, qui plus tenet, denegaverit, si ante iudicem convictus fuerit, per tempus ei reddatur.
Cod. Greg. 3, 5, 1 (vgl. oben S. 35 unter b).	eod. 5. De petitione hereditatis, hoc est, perceptum malae fidei possessores restituere.	vacant.	vacat.
Cod. Herm. 2, 1 (vgl. oben S. 35 unter c).	eod. 2. Ex delictis defunctorum quemadmodum conveniantur successores, hoc est, si in criminalibus causis quis, antequam moriatur, fuerit convictus.	vacant.	vacat.

Die Worte litem contestari, lis contestata und litis contestatio fehlen.

Die Explanationes Titulorum setzen dort, wo die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 4, 2[55] das Wort litis contestatio für „Klagschrift" gebraucht, lediglich das Wort contestatio. Das ist die einzige Spur der litis contestatio in den Explanationes.

Die Glossen bieten in unserer Frage ein Bild höchster Verworrenheit: Die Glosse zu Cod. Theod. 1, 2, 7: contestationem / id est litem bezieht sich auf den Text der Konstitution. Dort kommt contestationem allein im Sinne von litis contestationem vor[56]. Die vorliegende Glosse mag auf eine ältere Glosse zurückgehen, die gelautet haben könnte: contestationem / id est litis. Wie die Glosse aber jetzt lautet, ist sie der Ausdruck reinsten Nichtverstehens. Dazu nehme man die Glossen:

zu Cod. Theod. 1, 2, 7: contestatus / id est confessus;
zu Cod. Theod. 2, 4, 2: contestari / prohibere;
zu Cod. Theod. 2, 4, 4: contestata / interpellata;
zu Cod. Theod. 2, 12, 1: fuerit contestatus / id est si manifestaverit;

und man bedenke, daß im glossierten Texte stets von litem contestari und lis contestata die Rede ist. Ich glaube, man wird sich des Eindrucks nicht erwehren können, daß die Glossen bei der Erläuterung desselben Wortes deshalb so stark voneinander abweichen, weil man zur Zeit der Entstehung dieser Glossen jeden Zusammenhang mit der litis contestatio verloren hatte. Darum ist auch in der paraphrasierenden Glosse zu Cod. Theod. 2, 4, 2 das Wort litis contestatio, womit die Interpretatio die Klagschrift bezeichnet[57], durch aliqua scriptura ersetzt.

In der Lex Romana Curiensis s. Utinensis endlich ist keine Spur mehr von der litis contestatio zu finden. Eine beredte Sprache sprechen die Auslassungen. Es ist gewiß kein Zufall, daß gerade Gesetze, wie Cod. Theod. 2, 4, 2 und 2, 4, 4,

[55] Vgl. oben S. 18 ff., insbes. S. 23.
[56] Vgl. oben S. 11 Anm. 2.
[57] Oben S. 23.

auf deren Auslassung bereits Ernst Mayer hingewiesen hat[58], von der Lex Romana übergangen worden sind.

Auch das Wort litis contestatio ist vergessen.

Nach alledem kann es kein Zweifel sein, wie folgende Erscheinung zu erklären ist: Die Konstitution L. Rom. Vis. Cod. Gregor. 3, 5 (1), 1[59]: Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit ist bei den großen Fälschungen aus der Mitte des 9. Jahrhunderts[60] benutzt worden. Der Text der Fälschungen lautet:

a) Benedictus Levita add. III 103[61]:

De omnibus possessionibus a praeceptore possessori reddendis. Omnes possessiones et omnia sibi sublata atque fructus cunctos ante litem contestatam praeceptor possessori restituat.

b) Pseudoisidor[62]:

α) Steph. 6[63]: et ipse (der spoliierte Bischof) propriae sedi et pristino statui regulariter reddatur, ita ut omnes possessiones et cuncta sibi iniuste sublata atque fructus omnes ante coeptam accusationem primates et sinodus episcopo de quo agitur funditus restituant.

β) Euseb. 12[64], Symmachi syn. V[65] und Joh. I. pp. ep. 1[66]: Nam nec convocari ad causam nec diiudicari[67] potest expoliatus . . . Unde et antiquitus decretum est:

---

[58] Zur Entstehung der lex Utinensis S. 32 bei Anm. 3.

[59] Vgl. oben S. 35 unter b und S. 41 f.

[60] Zur Datierungsfrage vgl. Seckel, Artikel Pseudoisidor in der Realenzyklopädie für protestantische Theologie und Kirche, herausg. von Hauck, XVI (Leipzig 1905), S. 274 f., 299 f., 305.

[61] MG.LL II, pars altera S. 144. — Vgl. Hinschius, Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilrami (Lipsiae MDCCCLXIII) S. CLVII.

[62] Vgl. Hinschius a. a. O.

[63] Hinschius S. 184.

[64] Hinschius S. 237 a. E.

[65] Hinschius S. 676.

[66] Hinschius S. 694.

[67] Joh. I. pp. ep. 1: diiudicare (Druckfehler bei Hinschius?).

Omnes[68] possessiones et omnia sibi sublata adque[69] fructus cunctos ante litem contestatam[70] preceptor[71] vel primas possessori restituat[72].

So bringen die Fälscher[73] unter teilweiser Benutzung und Veränderung[74] von Cod. Gregor. 3, 5, 1 einen ihrer Lieblingsgedanken zum Ausdruck: die Notwendigkeit der Restitution des spoliierten Bischofs vor der Einleitung eines gegen ihn gerichteten Verfahrens, — eine Vorschrift, von der Cod. Gregor. nichts wußte. Viermal[75] wird dabei von der lis contestata gesprochen. Muß man infolgedessen annehmen, daß noch im 9. Jahrhundert litis contestatio ein Wort der lebendigen Rechtssprache war? Sicherlich nicht! Nach den bisher gewonnenen Eindrücken ist eine solche Annahme unmöglich. Es ist vielmehr gewiß, daß die Fälscher das Wort litem contestatam nicht verwendet hätten, wenn sie es nicht in ihrer Quelle vorgefunden hätten. Daß sie es beibehielten, erklärt sich leicht aus dem Interesse, das die Fälscher daran hatten, ihren Erzeugnissen den Schein der Echtheit zu verleihen. Was konnte ihnen besser dazu dienen, als alte, vergessene Worte, wie gerade die Wendung: ante litem contestatam? Was die Fälscher selbst sich darunter gedacht haben, zeigt Pseudoisidor bei Steph. 6[76]: ante coeptam accusationem. Bei der ausgebreiteten Quellenkenntnis der Fälscher[77] darf man vielleicht annehmen, daß ihnen noch be-

---

[68] Symmachi syn. V: est omnes.

[69] Symmachi syn. V: atque.

[70] Symmachi syn. V: ante contestatam litem.

[71] Symmachi syn. V und Joh. I pp. ep. 1: praeceptor.

[72] Auf Joh. I, pp. ep. 1 beruht Decr. Grat. c. 1 C. II q. 2: Antiquitus decretum est, ut omnes possessiones, et omnia sibi sublata, atque cunctos fructus ante litem contestatam preceptor episcopus vel primas possessori restituat. — Nicht erschöpfend sind die Quellennachweise der Friedbergschen Ausgabe a. h. l. (Note 3). Es fehlt Cod. Greg. 3, 5, 1.

[73] Über diese vgl. Seckel, Artikel Pseudoisidor, a. a. O. S. 304 f.

[74] Aus dem perceptos der Vorlage ist ein praeceptor geworden!

[75] Vgl. oben S. 57 f. unter a und b β.

[76] Oben S. 57 unter b α.

[77] Vgl. das Quellenverzeichnis zu Pseudoisidor bei Hinschius, S. CXI ff.

kannt war, daß die litis contestatio irgendein Vorgang im Beginne des Prozesses war. Zu weiteren Schlüssen aber, insbesondere zu der Annahme, daß die Worte litis contestatio und litem contestari im 9. Jahrhundert noch lebendig gewesen wären, darf man sich durch die angeführten Stellen der Fälschungen nicht verleiten lassen[78].

§ 5. Die burgundischen und fränkischen Quellen.

Mit dem auf das Breviar und seine Literatur gestützten Nachweise des Untergangs der nachklassischen litis contestatio ist der Beweis, daß die litis contestatio im früheren Mittelalter im außeritalienischen Abendlande untergegangen ist, im wesentlichen bereits erbracht. Darf man doch mit Brunner[1] sagen: „Soweit in Gesetzen, Sammlungen und juristischen Schriften Frankreichs, Deutschlands und Englands römisches Recht benutzt worden ist, liegt bis ins 12. Jahrhundert hinein lediglich das Breviarium zugrunde“[2]. Herrschaft des Breviars aber bedeutet Herrschaft der Interpretatio oder vielmehr nur der Epitomen[3]. Daraus ergibt sich aber der Untergang der nachklassischen litis contestatio in dem ganzen, vom Breviar beherrschten Gebiete[4]. Zur Ergänzung und Bestärkung der

---

[78] Außer der zitierten Stelle Cod. Gregor. 3, 5 (1), 1 enthält Pseudoisidor keine der von der litis contestatio handelnden Stellen des Breviars. Vgl. oben S. 11 ff. und dazu die Tabula fontium bei Hinschius S. CXI ff. unter Cod. Theod., Epit. Aegidii, Epit. cod. Par. suppl. lat. 215 und l. Rom. Vis.

[1] RG. I² S. 515 bei Anm. 21. — Vgl. ferner Conrat, Gesch., S. 33 ff., insbes. S. 41 ff.; Krüger, Gesch., 2. Aufl., S. 418.

[2] Vom justinianischen Recht wurde in Frankreich nur die Epitome Juliani benutzt, und auch diese nur in geringem Umfange und nur zu kirchenrechtlichen Zwecken (Conrat S. 33 und 38 ff.).

[3] Vgl. Conrat, Gesch., S. 45 f.; Halban a. a. O. (oben S. 39 Anm. 6) II, S. 328 f.

[4] Vgl. oben § 4. — Dieses Ergebnis würde man auch nicht unter Berufung auf die vielleicht in Gallien um 500 entstandene (vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen des röm. R., 3. Aufl., S. 151, Krüger, Gesch. d. Quellen u. Lit. des röm. R., 2. Aufl., S. 347) Consultatio (Ausg. Collectio III, S. 199 ff.) in Frage stellen können. Zwar bringt die Consultatio nicht nur bei einer Anführung von Paulus sent. 1, 13B, 4

gewonnenen Eindrücke diene ein Blick in die burgundischen und fränkischen Quellen."

I. Die Lex Romana Burgundionum[5] weiß von einer litis contestatio nichts zu berichten.

Contestari bedeutet, ebenso wie in der Lex Gundobada[6], feierlich oder ausdrücklich erklären[7].

Allerdings könnte man bei der Überschrift von Titel XI de commotione litium an die litis contestatio denken. Die commotio litis ist aber die „editio actionis".

§ 1: Is, qui petitor est, litem et genus actionis sue edere debet; quod nisi intra triduum fecerit, causam perdit. Edere autem hoc est: ut manu sua, quid repetat quidve obiciat, scriptum ei, quem pulsat, ante iudicem det[8].

Daß übrigens für einen Burgunder das Wort: litem commovere nichts anderes bedeutet als: einen Streit beginnen,

---

(Paul. vis. 1, 13, 9; vgl. oben S. 34) die Worte litem . . . erat contestatus (6, 5), sondern auch in einer dem äußeren Anscheine nach selbständigen Ausführung die Worte lis contestata: 6, 3: . . . aut si lite contestata de hac luce migraverit. Es ist aber unmöglich, festzustellen, was sich der Verfasser der Consultatio unter lis contestata gedacht hat (nur daß auch für ihn die lis contestata irgendwie mit dem Anfange des Prozesses in Beziehung steht, läßt sich aus den von ihm beigebrachten Quellen erkennen), und inwieweit er seine Sätze selbständig gebildet hat (die mitgeteilten Worte aus 6, 3 erinnern allerdings lebhaft an Interpr. zu Cod. Theod. 2, 12, 7 (oben S. 28): . . . Si . . . post litem contestatam . . . de hac luce discesserit). Dazu kommt die Unsicherheit unserer Kenntnis von Heimat und Alter der Consultatio (auch von ihrem Alter im Verhältnis zur Interpretatio), so daß jede Möglichkeit, aus der Consultatio für unsere Frage etwas Sicheres zu gewinnen, ausgeschlossen ist. — Was heißt: contestatio allegetur in 7, 9? — Bei der geringen Bedeutung, welche die Consultatio in der Folgezeit — namentlich im Verhältnis zum Breviar — gehabt hat, wird man diese Fragen auf sich beruhen lassen können.

[5] MG.LL. Sectio I, tomi II pars I, S. 123 ff.

[6] l. Gundob. 8, 2 (MG. a. a. O. S. 49). — In l. Gundob. 23, 7 ist contestari gleich admonere, in 49, 3 und 4 heißt es etwa bekannt machen, anzeigen.

[7] l. Rom. Burg. 33, 3: . . . contestans, se ad audientiam principis provocare.

[8] Vgl. Bethmann-Hollweg IV S. 171 f.

beweist der Umstand, daß die constitutio 15 der Lex Gundobada, de commotione litium, davon handelt, daß jemand in domum cuiuslibet ad rixam ingressus fuerit.

Das Fehlen einer echten litis contestatio zeigt sich endlich in tit. XXXV, § 4:

> Res vero, quae repetuntur, aut de quibus iam actio processit, aut de quibus litegatur, nec vindi nec donari possunt, nisi forte ut dominus aut procurator litis quicumque per mandatum fuerit institutus, [secundum legem Theudosiani: De cognitoribus et procuratoribus].

Wie unsicher ist die Bestimmung des für den Eintritt der Litigiosität entscheidenden Zeitpunktes! Von einer litis contestatio ist keine Rede. Und weiter: Nach römischem Rechte[9], insbesondere auch nach der von der lex selbst zitierten Bestimmung des Codex Theodosianus[10], tritt das dominium litis mit der litis contestatio ein, hier aber bereits mit der Erteilung der Prozeßvollmacht; der Vertreter wird durch seine Bestellung (per mandatum) als dominus instituiert: dieselbe Begriffsverwirrung wie in der Interpretatio[11].

Es wird sich demnach der Schluß nicht von der Hand weisen lassen, daß auch für Burgund ein Weiterleben der nachklassischen litis contestatio nicht angenommen werden darf[12].

II. Hinsichtlich der fränkischen Quellen kann ich mich

---

[9] Vgl. oben S. 31 oben.

[10] Cod. Theod. II, 12, 1; vgl. oben S. 26 f.

[11] Vgl. oben S. 29 f. Wenn Zeumer (MG. a. a. O. S. 153 Anm. 5) den Vertreter als dominus für einen procurator in rem suam erklärt, so ist dies nur cum grano salis richtig: vgl. oben S. 29 f. — Vgl. zu dieser Stelle auch Conrat, Westg. Paulus, S. 224 Anm. 648.

[12] Die Tatsache, daß neben dem Breviar das justinianische Recht in Burgund bekannt war (vgl. Conrat, Gesch., S. 38), darf nicht zu der Annahme einer Fortexistenz der litis contestatio verleiten: Wie das gegenseitige Verhältnis zwischen Breviar, Papian und justinianischem Recht auch gewesen sein mag (vgl. Conrat a. a. O., Brunner, RG. I², S. 509), als sicher darf man annehmen, daß dem justinianischen Rechte in Burgund kein besseres Schicksal beschieden war als in Italien. In Italien aber ist die litis contestatio gleichfalls untergegangen. Vgl. unten im 2. Abschnitt dieses Kapitels.

kurz fassen: Keine einzige fränkische Gerichtsformel[13] oder -urkunde, keines der fränkischen Volksrechte oder Kapitularien[14] enthält eine Stelle, die als ein Zeugnis für das Weiterleben der nachklassischen litis contestatio unter der römischen Bevölkerung des Frankenreichs aufgefaßt werden könnte[15]; auch in den Scriptores kommt meines Wissens keine derartige Stelle vor.

Contestari bedeutet in den fränkischen Quellen ebenso wie testare: feierlich auffordern[16], oder, wie in den burgundischen Gesetzen[17], feierlich, ausdrücklich erklären[18].

Von einem Weiterleben der nachklassischen litis contestatio, ja auch nur des Wortes litis contestatio[19], zeigt sich keine Spur.

§ 6. Ergebnis und Fragen.

Die betrachteten Quellen ergeben folgendes Bild: Schon die Interpretatio kennt die litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses nicht mehr. Zwar sind die Worte litis contestatio und litem contestari in der Rechtssprache zur Zeit der Entstehung der Interpretatio noch lebendig. Die Idee der

---

[13] Auch nicht die Formulae iudiciales secundum legem Romanam (Zeumer, MG. Formulae, S. 534 ff., vgl. Conrat, Gesch., S. 299 Anm. 8 zu S. 298).

[14] Vgl. insbes. Chlotharii II., Praeceptio 584–628 (MG. Cap. I, S. 18 f.), eine für die Römer Neustriens erlassene Konstitution (Boretius, in der Einleitung zu dieser Praeceptio).

[15] Die Worte ante lite ingressus der Form. And. 1 (c) (MG. Form., S. 5 Zeile 17) sind besten Falles ein Rest der litis contestatio, aus dem die Seele dieses Rechtsinstitutes längst entwichen ist. Dies beweist die Verwandtschaft mit Form. Vis. 33 (eod. S. 590 Zeile 11 f.): ante litis ingressum. Die Worte der fränkischen Formel stammen also wahrscheinlich aus einer westgotischen Vorlage. Bei den Westgoten aber war, wie oben (§§ 3 und 4) gezeigt worden ist, die römische litis contestatio gleichfalls untergegangen.

[16] L. Sal. 74; testare: L. Sal. 14, 4; 45, 2 und 3; 50, 2; vgl. Sohm, Prozeß der lex Salica, Weimar 1867, S. 16; Brunner, RG. II, S. 447 a. E., 520 a. E.

[17] Vgl. oben S. 60 Anm. 6 und 7.

[18] Form. Sal. Lindenbrog. 21, nach Cod. 2 (MG. Form. S. 282 Zeile 20).

[19] Vgl. oben § 4.

litis contestatio aber ist *verschwunden*, der Fiktionsgedanke, das Wesentliche der nachklassischen litis contestatio, ist untergegangen[1]. Auf das Verschwinden der *Idee* der litis contestatio aus dem lebendigen Recht folgt — wie die jüngeren Quellen erkennen lassen — das Verschwinden auch der *Worte* litis contestatio und litem contestari aus der lebendigen Rechtssprache. Diese Wortverbindungen werden zwar noch gelegentlich abgeschrieben, aber nur als tote, unverstandene Wendungen[2].

Damit ist das Ergebnis veranschaulicht, das wir bei möglichster Beschränkung auf die mittelalterlichen Quellen zu gewinnen glaubten. Es ist selbstverständlich, daß damit, auch wenn man das bezeichnete Ergebnis als sicher betrachten darf, das der Forschung zu setzende Ziel noch nicht erreicht ist. Erhebt sich doch bei Betrachtung der Interpretatio und ihres Verhältnisses zur litis contestatio[3] ganz von selbst die Frage, wie es gekommen sein mag, daß die Worte litem contestari auf den äußeren Vorgang der Einreichung der Klagschrift bezogen wurden[4]; wie es möglich war, daß die Interpretatio zu Cod. Theod. 2, 4, 2 das denuntiari der Konstitution durch contestari litem ersetzte[5]. Man könnte zur Beantwortung dieser Frage auf den Umstand hinweisen, daß die römischen Quellen gelegentlich *testari* und *contestari* zur Bezeichnung der privaten denuntiatio verwenden[6].

Man könnte ferner auf eine Digestenstelle[7] und auf eine

---

[1] Oben § 3.

[2] Oben § 4. — Um jedes Mißverständnis auszuschließen, sei ausdrücklich betont, daß selbstverständlich nur die *Wortverbindungen* litis contestatio und litem contestari, nicht aber die *einzelnen* Worte lis und contestari als abgestorben bezeichnet werden sollen.

[3] Oben § 3.

[4] Wie man sich, *nachdem einmal litem contestari diese Bedeutung erlangt hatte*, damit abgefunden haben dürfte, und wie daraus weiter vielleicht die Entstehung der Bedeutung von litis contestatio als Klagschrift abgeleitet werden kann, wurde oben S. 24 f. angedeutet.

[5] Oben S. 18 ff.

[6] Vgl. *Kipp*, Litisden., S. 67. — Damit mag es zusammenhängen, daß in l. Sal. 74 nuntiare und contestari als Synonyma gebraucht werden.

[7] 50, 2, 7 § 3: Ad decurionatum filii ita demum pater non con-

Stelle des Kodex[8] aufmerksam machen, in denen von einem contestari apud acta einer Behörde die Rede ist, oder auf Cod. Just. 11, 65, 4 § 1[9], wo es heißt: Super quo possessores apud curatores vel magistratus aut quicumque in locis fuerint, qui conficiendorum actorum habeant potestatem, conveniet contestari ... Auch die Verwendung des Wortes contestatio durch Paulus[10] im Sinne einer Erklärung vor der Behörde und durch Ulpian[11] und Cod. Theod. 2, 16, 2[12] für den Antrag auf restitutio in integrum[13] mag herangezogen werden.

Alle diese Stellen aber würden das Hinzutreten des Wortes litem zu contestari nicht erklären, abgesehen davon, daß jedenfalls die von einem contestari apud acta handelnden Stellen eine mündlich zu Protokoll der Behörde abgegebene Erklärung, also nicht die Übergabe einer Schrift[14] zu betreffen scheinen[15].

Sollte sich die richtige Erklärung aus Cod. Theod. 1, 2, 10 (Brev. 7) durch eine Vergleichung von Konstitution und Interpretatio gewinnen lassen? Der Zeitpunkt der litis contestatio (im nachklassischen Sinne!) wird für die Konstitution durch

---

sentit, si contrariam voluntatem vel apud acta praesidis vel apud ipsum ordinem vel quo alio modo contestatus sit.

[8] 4, 21, 3: Si adversarius tuus apud acta praesidis provinciae, cum fides instrumenti quod proferebat in dubium revocaretur, non se usurum contestatus est, vereri non debes, ne ex ea scriptura, quam non esse veram etiam professione eius constitit, negotium denuo repetatur.

[9] = Cod. Theod. 5, 15, 20, Schlußsatz.

[10] Sent. II, 14 § 6: Tutor in usuras non convenitur, si pecuniam pupillarem ideo non collocavit, quod idonea nomina non habebat, cui pecunia collocetur: cuius rei contestatio apud praesidem provinciae deponenda est.

[11] Dig. 4, 4, 20 § 1: ... nihil ei proficit ad in integrum restitutionem contestatio ...

[12] ... deposita apud iudicem contestatione petat ...

[13] Kipp, Litisden. S. 64 Anm. 37, wo alle diese Stellen (in anderem Zusammenhange) aufgeführt sind.

[14] Vgl. oben S. 22 bei Anm. 37.

[15] Vgl. Heumann-Seckel unter Acta.

die oblatio precum bestimmt[16]. Für die Interpretatio ist die oblatio precum selbst das litem contestari[17]. Derjenige äußere Vorgang, welcher in der Konstitution mit der Fiktion der litis contestatio verbunden ist, nicht aber als solcher als litis contestatio angesehen werden darf, dieser äußere Vorgang selbst ist es, durch den sich das litem contestari der Interpretatio vollzieht. Solche Fälle werden uns noch anderwärts begegnen. In allen diesen Fällen, in denen das Wort litem contestari oder litis contestatio einen ehemals mit der Fiktion der litis contestatio verbunden gewesenen äußeren Vorgang als solchen bezeichnet, soll im folgenden von einer Versteinerung der nachklassischen litis contestatio gesprochen werden. Wir werden also sagen: Die Interpretatio zu Cod. Theod. 1, 2, 10 bewahrt eine Erscheinungsform der nachklassischen litis contestatio in einer Versteinerung.

Sollte sich dies nicht an allen anderen Stellen, in denen das litem contestari in der Interpretatio auftritt, ebenso verhalten? Bewahrt die Interpretatio auch in den anderen Stellen die Versteinerung einer Entwicklungsstufe der nachklassischen litis contestatio? Mit anderen Worten: Hat es innerhalb der nachklassischen Epoche eine Zeit gegeben, in der — wenigstens in der Regel — der Zeitpunkt der (nachklassischen!) litis contestatio durch die Einreichung der Klagschrift — denn das heißt litem contestari in der Interpretatio[18] — bezeichnet wurde?

Ich wage es nicht, bei dem heutigen Stande unserer Kenntnis vom nachklassischen Prozeß, eine Antwort auf diese Frage zu geben. Hier muß ein Romanist in die Lücke treten. Ich kann aber nicht umhin, der Vermutung Ausdruck zu verleihen, daß die Frage zu bejahen sein dürfte. Ist es denn ein Zufall, daß die Interpretatio gerade bei solchen Konstitutionen, die für die Geschichte der nachklassischen litis contestatio in Betracht kommen, das Wort litem contestari enthält?[19] Ja, lassen sich nicht

[16] Vgl. oben S. 5.
[17] Vgl. oben S. 13 ff.
[18] Vgl. oben § 3.
[19] Vgl. oben S. 12 f.

vielleicht die Konstitutionen Cod. Theod. 2, 4, 4[20] und 2, 12, 1[21] als Belege für die ausgesprochene Vermutung verwenden?

Wenn die Frage zu bejahen ist, wenn man annehmen darf, daß wirklich innerhalb der Epoche des nachklassischen Prozesses der Zeitpunkt der litis contestatio eine Zeitlang durch die Klageinreichung bestimmt wurde, dann wäre die denkbar einfachste Erklärung dafür gegeben, wie es gekommen sein mag, daß die Interpretatio unter litem contestari die Einreichung der Klagschrift ohne Verbindung mit dem nachklassischen Fiktionsgedanken[22] verstehen kann: Im Heimatlande der Interpretatio hatte man das Verständnis für die nachklassische litis contestatio verloren; man hatte es vergessen, daß die Einreichung der Klagschrift nicht als solche, sondern nur kraft der mit ihr zu verbindenden Fiktion der litis contestatio die Bezeichnung litem contestari verdiente. So kam das Wort litem contestari infolge des Untergangs des Fiktionsgedankens dazu, lediglich den äußeren Vorgang der Klageinreichung zu bezeichnen und als die (durch die Klageinreichung bewirkte) „Erklärung des Streits" verstanden zu werden[23]. So konnte die Interpretatio nur noch die Versteinerung einer ehemals lebendigen Form der nachklassischen litis contestatio bewahren.

Eine solche Versteinerung kann, wie sich von selbst versteht, nur innerhalb desjenigen Zeitraumes im Heimatlande der Interpretatio eingetreten sein, in dem der Zeitpunkt der (nach-

---

[20] Oben S. 25. Ist hier denuntiatio ebenso zu verstehen wie das denuntiari in Cod. Theod. 2, 4, 2 (oben S. 20 f.)?

[21] Oben S. 26. Sind hier die Worte causa in iudicio publicata, die den Zeitpunkt des Eintritts des dominium litis, also wohl auch den der litis contestatio zu bestimmen scheinen, auf die Einreichung der Klagschrift zu beziehen (vgl. Interpr. zu Cod. Theod. 1, 2, 10: repetitionem publicare)? Erklärt sich so die Tatsache, daß Justinian bei der Übernahme der Konstitution in seinem Codex (2, 12, 23) publicatam durch agitatam ersetzte, da er als den Augenblick der litis contestatio den Beginn der mündlichen Verhandlung angesehen wissen wollte (Cod. Just. 3, 9, 1), also das publicatam beseitigen mußte?

[22] Oben S. 5 ff.

[23] Vgl. oben S. 25, vor III.

klassischen) litis contestatio durch die Klageinreichung bestimmt wurde. Als Punkte innerhalb dieses Zeitraums kämen, wenn die Konstitutionen Cod. Theod. 2, 4, 4 und Cod. Theod. 2, 12 1 in dem oben[24] angedeuteten Sinne aufzufassen sind, die Jahre des Erlasses dieser Konstitutionen: 363 und 385 in Betracht; als spätester Endpunkt das Jahr 419, da in diesem Jahre die Konstitution Cod. Theod. 5, 18 (Brev. 10), 1 erlassen ist, nach der (ebenso wie nach Cod. Theod. 4, 14 [Brev. 12], 1, von 424) die conventio, die Zustellung der Klagschrift, den Zeitpunkt der (nachklassischen) litis contestatio bestimmen sollte[25]. Eine Versteinerung von der bezeichneten Art müßte also vor 419 eingetreten sein, da bei einer nach 419 eintretenden Versteinerung der litis contestatio der alte Name nur noch an der Zustellung und nicht mehr an der Einreichung der Klagschrift hätte haften bleiben können. Vor 419 aber verlor das römische Reich Spanien und Südgallien an die Barbaren[26]. Sollte die, vielleicht zu vermutende, Versteinerung der litis contestatio im Westen eine Folge des Zusammenbruchs jener Teile des Weltreichs sein?

Man mag mich schelten, daß ich so viele Fragen in so unsicheren Dingen aufwerfe. Ich habe es aber dennoch gewagt, bis zu der letzten Frage vorzugehen, weil sich für Italien ein diesen Fragen genau entsprechendes Ergebnis mit einer gewissen Sicherheit gewinnen läßt. Dies auszuführen soll im nächsten Abschnitt versucht werden.

---

[24] S. 66 Anm. 20 und 21.

[25] Vgl. oben S. 36 unter d und unten im 2. Abschnitte § 9. — In die Zwischenzeit (396) fällt auch Cod. Theod. 1, 2, 10. Vgl. oben S. 64 f.

[26] 409 Besetzung Spaniens durch die Vandalen, Sueben und Alanen, 415 Gründung des Westgotenreichs.

Zweiter Abschnitt.

In Italien.

§ 7. Überblick.

Für Italien[1] ist — im Gegensatze zu den westlichen Ländern — die Justinianische Gesetzgebung im frühen Mittelalter die fast ausschließliche Quelle römischen Rechts. Das Breviar spielt daneben nur eine untergeordnete Rolle[2]. Von einer Herrschaft der Gesetze Ostroms über das frühmittelalterliche Italien darf aber nicht gesprochen werden. Wir wissen, daß die Digesten zwischen 603 und 1076 verschollen sind[3], daß der vollständige Codex durch die im 7. oder 8. Jahrhundert entstandene und später erweiterte Epitome Codicis fast ganz verdrängt wurde[4], daß die Novellen so gut wie ausschließlich in der Form der Epitome Juliani bekannt waren[5], und daß endlich eine praktische Geltung der justinianischen Gesetzgebung, insbesondere auf dem Gebiete des Prozeßrechts, nur in ganz geringem Umfange angenommen werden darf[6].

Um eine Frage der praktischen Geltung des römischen Rechts aber handelt es sich hier. Es soll eine Antwort auf die Frage gegeben werden, ob die nachklassische litis contestatio im Recht Italiens lebendig geblieben war, ob der nachklassische Fiktionsgedanke[7] noch gedacht wurde, ob die Idee der

[1] Außer Betracht bleibt wegen seiner Zugehörigkeit zum Kulturgebiet des Orients das byzantinische Süditalien (darüber vgl. Ernst Mayer, Ital. Verfassungsgesch. II, S. 7 ff., Conrat, Gesch., S. 48 f.).

[2] Vgl. Conrat, Gesch., S. 46 ff.

[3] Conrat, Gesch., S. 67.

[4] Conrat, Gesch., S. 55 ff., 187 ff.

[5] Vgl. Conrat, Gesch., S. 57 ff.

[6] Conrat, Gesch., S. 51.

[7] Vgl. oben S. 5 ff.

litis contestatio im römischen Sinne noch lebendig war. Wenn also in den, dem früheren Mittelalter bekannten Quellen des Justinianischen Rechts sich Stellen finden, in denen von der litis contestatio die Rede ist, so darf aus dieser Tatsache noch kein Schluß auf ein Weiterleben der nachklassischen litis contestatio gezogen werden: genau so, wie für das Westgotenreich die in das Breviar aufgenommenen Konstitutionen der römischen Kaiser nicht entscheidend sein können[8].

So verschlägt es nichts, wenn die ursprüngliche Epitome Codicis[9] die Hauptstelle: Cod. 3, 9, 1 (de litis contestatione)[10] und etwa 3, 37, 1[11] enthält[12], und wenn sich diese Stellen, sowie beispielsweise Cod. 3, 1, 14[13] und 2, 12, 22[14] in der erweiterten Epitome Codicis[15] finden[16].

Entscheidend ist die Literatur zu den Quellen. Innerhalb der Literatur kommen für unsere Frage hauptsächlich in Betracht die Summa Perusina zum Codex (unten §§ 8 f.) und die jüngeren Summen zur Epitome Juliani (unten § 10 II).

Überdies sind die ostgotischen und die langobardischen Quellen zu berücksichtigen (unten § 10 I). Eine besondere Betrachtung erheischen die einen einzig dastehenden Rest des justinianischen Rechts aufweisenden Ravennatischen Urkunden (unten § 11).

§ 8. Die Summa Perusina als Zeugnis für den Untergang der Idee der litis contestatio.

Die in der Summa Perusina[1] enthaltenen Summen zum Codex Justinianus sind wahrscheinlich in der zweiten

[8] Vgl. oben S. 11 f.

[9] Darüber s. Conrat, Gesch., S. 187 ff., Krüger, Gesch., S. 426.

[10] Oben S. 5 f.

[11] Vgl. unten S. 80 Anm. 56.

[12] Krüger, Codex Justinianus, Berolini 1877, Append., S. *58.

[13] Oben S. 6 Anm. 19.

[14] Vgl. unten S. 76 Anm. 34.

[15] Darüber Conrat a. a. O., Krüger, Gesch., S. 426 f.

[16] Vgl. Krüger, Kritik des justinianischen Codex, Berlin 1867, S. 132 f., Codex Just. Append. S. *51 und *58 (wegen 2, 12, 22).

[1] Ich behalte diesen gewohnten Namen der Kürze wegen bei. Korrekter ist die von Patetta in seiner Ausgabe (Bull. XII, 1900) für die Über-

Hälfte des 7. Jahrhunderts[2] in dem von Römern bewohnten nichtlangobardischen Italien[3], höchstwahrscheinlich in Rom[4], entstanden[5].

Bekannt ist, auf wie tiefer Stufe die Summa in ihrem Verständnis des Codex steht[6].

Die Stellung der Summa Perusina zur litis contestatio soll untersucht werden. Zu diesem Zwecke bedarf es einer Vergleichung von Codex und Summa an allen denjenigen Stellen, in denen der Codex oder die Summa die Worte litem contestari, lis contestata und (litis) contestatio gebrauchen. Wenn ich imstande zu sein glaube, alle einschlägigen Stellen aufzuführen, so verdanke ich dies der freundlichen Hilfsbereitschaft, mit der mir Herr Professor v. Mayr in Prag entgegengekommen ist. Er teilte mir aus dem noch in Arbeit befindlichen Index plenus zum Codex Justinianus[7] ein Verzeichnis derjenigen Stellen des Codex mit, in denen die Worte contestatio,

---

schrift gewählte Bezeichnung: adnotationes codicum Domini Justiniani. Vgl. Patetta, Praefatio, S. XIX f. Ich zitiere nach der Ausg. von Patetta.

[2] Conrat, Gesch., S. 187: „Ich möchte die Entstehungszeit der Summe in die Periode von Mitte des 7. bis in den Ausgang des 9. Jahrh. versetzen, etwa in den Anfang derselben . . .“ Krüger, Gesch., S. 420: „Frühestens aus dem siebenten Jahrhundert.“ Patetta, Praefatio, S. LXV: . . . aetas . . . summariorum; quae si quis circa medium saeculum septimum confecta putet, minime adversabor, saeculo vero octavo medio antiquiora esse . . . firmissime assevero. Dazu in Anm. 1 weitere Literatur.

[3] Conrat, S. 186.

[4] Patetta, Praefatio, S. XLIV. — Das Exarchat Ravenna kommt als Entstehungsgebiet nicht in Betracht. Vgl. Patetta a. a. O. und unten § 11 Anm. 46.

[5] Von der Entstehungszeit der einzelnen Summen, die ursprünglich auf den Rand einer Handschrift des Codex Justinianus geschrieben worden sind (Patetta S. XVI), ist zu unterscheiden der Zeitpunkt der Zusammenstellung dieser Summen zu einem selbständigen Werke unter Fortlassung der Konstitutionen (Patetta a. a. O.); die Zusammenstellung fällt etwa in das Ende des 9. oder in den Anfang des 10. Jahrhunderts, Patetta S. XLVI.

[6] Conrat S. 184, Patetta S. XLVIII.

[7] Vgl. Z.[2] f. RG. XXXII, Rom. Abt., S. 338 f.

litem contestari (einschließlich lis contestata) und litis contestatio enthalten sind. Auf diesem Verzeichnis beruhen die folgenden Tabellen. Herrn Professor v. Mayr sage ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank[8].

I. In erster Linie handelt es sich um die Feststellung der einschlägigen Stellen des Codex. Da eine Vergleichung mit der Summa Perusina, die mitten in 8, 53, 8 abbricht[9], bezweckt ist, so wird im folgenden der Codex nur bis zu diesem Punkte in Betracht gezogen werden.

1. Zunächst muß versucht werden, aus den Stellen mit contestatio diejenigen herauszuheben, in denen contestatio zur Bezeichnung der litis contestatio des Zivilprozesses dient[10].

Stellen des Codex mit contestatio:

1, 7, 4, 2.	5, 7, 1, 1.
— 20, 1.	— 17, 7 pr.
1, 26, 1.	7, 16, 31.
2, 4, 22.	— 32, 10.
— 19, 9.	— 33, 9.
— 52, 7, 1.	— 67, 2, 1.
3, 31, 1, 2.	8, 27, 8.
4, 2, 5, 1.	— 35, 9.
— 9, 4.	40, 28 pr.[11]
— 38, 12, 1.	

Davon scheiden aus alle Stellen, in denen contestatio bedeutet:

---

[8] Herr Professor v. Mayr schrieb mir, wie ich mitteilen zu müssen glaube, daß er zwar bei dem derzeitigen Stand der Arbeit (der Brief ist vom 14. 8. 13 datiert) noch keine unbedingte Garantie für die Vollständigkeit übernehmen könne, daß aber die Arbeiten (am Index) sich bisher stets als recht verläßlich erwiesen haben.

[9] Vgl. Conrat, Gesch., S. 182.

[10] Contestari kommt meines Wissens im Codex nicht als litem contestari vor.

[11] Ferner 8, 53, 33 (zweimal), 10, 72, 1, 1 und 12, 22, 4, 1 nach der Lesart des Cod. X (vgl. Krüger, Cod. Just. Große Ausg., Berol. 1877, S. 1043, Varianten zu Zeile 3).

a) Erklärung, Verlautbarung und dergleichen:

4, 2, 5, 1.
— 9, 4.
— 38, 12, 1.[12]
5, 7, 1, 1.
5, 17, 7 pr.[12 13]
7, 16, 31.[14]
8, 27, 8.[15]

b) Antrag auf in integrum restitutio[16]:

2, 4, 22.
2, 52, 7, 1.

c) Appellationsschrift:

7, 67, 2, 1.[17]

d) Stürmisches, beschwörendes Bedrängen mit Worten:

2, 19, 9.[18]

e) Vorschützen einer Einrede:

8, 35, 9.[19]
7, 33, 9.[20]

---

[12] Vgl Heumann-Seckel s. h. v.

[13] Vgl. Kipp, Litisden., S. 64 Anm. 37.

[14] Contestatio verstehe ich hier als die Erklärung über die via vindictae.

[15] Ferner 10, 72, 1, 1 (vgl. Heumann-Seckel a. a. O.) und 12, 22, 4, 1 (das auf contestationes [bez. attestationes] folgende Wort litis gehört zu gratia; vgl. Cod. Theod. 6, 29, 8, wo die Worte litis gratia noch fehlen).

[16] Vgl. Cod. Theod. 2, 16, 2 (oben § 6 Anm. 12) und Kipp a. a. O.

[17] Vgl. Kipp a. a. O., S. 65 Anm. 39.

[18] Metum non iactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit. Zu iactatio (Ausstoßen von Drohworten) vgl. Heumann-Seckel unter iactare a. E.

[19] Heumann-Seckel unter contestari a. E.

[20] Emptor bona fide contra praesentem decennii praescriptione, cuius initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione iustae possessionis defensus absolvi recte postulat.

Der gutgläubige Käufer verteidigt sich mit der longi temporis praescriptio. Er behauptet zehnjährigen gutgläubigen Besitz inter praesentes. Die Konstitution verordnet, daß der Beklagte, um mit dieser Einrede Erfolg zu haben, sie im Anfange des Prozesses (initio) nur (sufficit) vorzuschützen (cuius gehört zu contestationem), sie aber erst zu beweisen brauche, nachdem der Kläger den Klaggrund bewiesen habe (impleverit; vgl. Heumann-Seckel unter implere 3 und die dort zitierten Stellen Dig. 5, 2, 14 und 22, 3, 19 pr. — Partsch, Longi temporis praescriptio [Leipzig 1906], S. 68, scheint implere mit „vor-

f) Die litis contestatio des Strafprozesses (?): 1, 7, 4, 2.[21]

Es bleiben also[22] fünf Stellen übrig, von denen man mit Sicherheit bei vier[23], nämlich

tragen" zu übersetzen). — Ebenso wird die contestatio der Konstitution von Gratian verstanden. Vgl. das dictum Gratiani p. c. 2 C. III q. 6 (auch § 7 p. c. 4 C. III q. 3), Satz 2: Peremptorias autem exceptiones (ut sunt prescriptiones longi temporis) sufficit in inicio litis contestari; dazu die Summa des Paucapalea (ed. v. Schulte, Gießen 1890, S 66), wo zu contestari hinzugefügt wird: i. e. opponere. Ein Vergleich des dictum Gratiani mit unserer Kodexstelle (7, 33, 9) beweist die Abhängigkeit des dictum von dieser Konstitution. Weniger nah stehen dem dictum die von Jacobi, Z.[2] f. RG. XXXIV, Kan. Abt., S. 280 Anm. 3, dazu herangezogenen Konstitutionen Cod. Just. 8, 35, 13 und 8.

[21] Cod. 1, 7, 4: Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusationis incesset et nullis finita temporibus huiuscemodi criminis arceatur indago. § 1: Quibus quamvis praeterita interdicta sufficiant, tamen etiam illud iteramus, ne, postquam a fide deviaverint, testandi aut donandi quippiam habeant facultatem. sed nec venditionis specie facere legi fraudem sinantur, totumque ab intestato Christianitatem sectantibus propinquis potissimum deferatur. § 2: In tantum autem contra huiuscemodi sacrilegia perpetuari volumus actionem, ut universis ab intestato venientibus etiam post mortem peccantis absolutam vocem insimulationis congruae non negemus: nec illud patiemur obstare, si nihil in contestatione profano dicatur vivente perductum. § 3: ... quorum etiam post mortem comprobata perfidia hac ratione plectenda est, ut donationibus testamentisque descissis ii, quibus hoc defert legitima successio, huiusmodi personarum hereditate potiantur. — Es handelt sich hier um die öffentliche Klage wegen Apostasie (dazu Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 609), die, wenn ich recht verstehe, auch nach dem Tode des Abtrünnigen von den infolge der Apostasie zur Intestaterbfolge Berufenen erhoben werden kann; sie kann hinsichtlich des Verbrechens selbstverständlich nur eine Art Feststellungsklage sein, die der Durchsetzung des Intestaterbrechts dient. Die contestatio der Konstitution mag also die in dieser Untersuchung nicht zu berücksichtigende litis contestatio des Strafprozesses (dazu Mommsen a. a. O. S. 392 f., Heumann-Seckel unter contestari a. E.) sein. Überdies kann die Bedeutung von contestatio an dieser Stelle auf sich beruhen bleiben, da die Summa Perusina hier nichts ergibt. S. P. 1, 7, 4: Christianus si ereticus factus fuerit, res suas non abeat potestatem extraneare, sed Christiani illi succedant heredes.

[22] Bis 8, 53, 8. Vgl. oben S. 71 bei Anm. 9.

[23] Überdies 8, 53, 33.

1, 20, 1.[24]	7, 32, 10.[26]
3, 31, 1, 2.[25]	8, 40, 28 pr.[27]

und vielleicht auch bei der letzten:

1, 26, 1.[28]

sagen kann, daß sie von der litis contestatio handeln.

2. Dazu kommen die Stellen des Codex (bis 8, 53, 8)[29] mit litem contestari (einschließlich lis contestata) und litis contestatio:

a) litem contestari (einschließlich lis contestata):

2, 12, 11, 2.	3, 28, 5.
— — 13.	— 31, 1, 2.
— — 22.	— — 12, 1.
— 58, 2, 10.	— 32, 26.
3, 1, 13, 1.	4, 10, 1.
— — — 2.	5, 12, 31, 7.
— — 14, 4 (1).	— 13, 1, 14.
— — 16.	— 34, 12.
3, 3, 4.	— 37, 28, 1 a.
— 9, 1 (2 mal.)	— 53, 4, 1.
— 13, 4.	— 61, 1, 2.
— 19, 2, 1.	6, 47, 1.

[24] = Cod. Theod. 1, 2, 10 (Brev. 7); oben S. 5. Den Beweis erbringt der Titel: Quando libellus principi datus litis contestationem facit.

[25] Wortlaut unten S. 78 Anm. 44.

[26] . . . interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

[27] Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.

[28] Die im Jahre 230 erlassene Konstitution lautet: Libellus praefecto praetorio datus pro contestatione haberi non potest. Ich muß es dahingestellt sein lassen, wie diese Worte zu deuten sind, so sehr ich geneigt bin, die contestatio als litis contestatio anzusehen, und zwar als Vorläuferin der nachklassischen litis contestatio, nämlich als die litis contestatio des älteren amtsrechtlichen Prozesses, dem gleichfalls (vgl. oben S. 4 f.) eine echte litis contestatio fehlt.

[29] Vgl. oben S. 71 bei Anm. 9.

6, 47, 2, 2.	7, 33, 10.
— 49, 7, 1 b.	— 45, 16 (3 mal).
7, 4, 17, 2.	8, 40, 16.
— 19, 6.	— 41, 3.[30]

b) litis contestatio.

1, 20 (Titel).	4, 10, 2.
2, 12, 8.	— 17, 1.
— — 11, 2.	5, 61, 1, 2.
3, 9 (Titel).	6, 47, 4.
— 31, 1, 1.	7, 39, 7, 5.
— — — 2.	— 70, 1.
— 32, 22.	8, 40, 16.[31]
— 37, 1, 1.	

Unter allen diesen sub 1 a. E. und sub 2 aufgeführten Stellen ist keine, die mit Sicherheit auf die litis contestatio des Strafprozesses[32] bezogen werden könnte. Vielmehr ist es bei fast allen sicher, daß sie von der litis contestatio des Zivilprozesses (dieses Wort soll auch das Verfahren bei Privatdelikten umfassen) handeln. Jedenfalls können alle Stellen in diesem Sinne verstanden werden.

II. Nach diesen Feststellungen sind die in der Summa Perusina (S. P.) enthaltenen Summen zu den fünf oben unter I 1 a. E. (S. 74 oben) genannten und den unter I 2 (S. 74 f.) aufgeführten Stellen des Codex nachzuprüfen.

1. Dabei zeigt sich zunächst, daß in vielen Fällen das im Codex vorkommende Wort litis contestatio, litem contestari usw. in der Summa fehlt, ohne daß die Summa einen Ersatz dafür enthielte. Man vergleiche Codex und Summa an folgenden Stellen:

Codex	S. P.
1, 20, 1.	1, 20, 1.
2, 12, 8.	2, 12, 8.

[30] Und 8, 53, 33.

[31] Ferner: 8, 53, 33 pr. u. § 1; 9, 44, 3 (Strafprozeß; vgl. Heumann-Seckel unter contestari a. E.); 12, 29, 3, 1a und 2.

[32] Vgl. oben S. 73 Anm. 21.

Codex	S. P.
2, 12, 11, 2.	2, 12, 10 (11).
— — 13.	— — 12 (13).[33]
— — 22.	— — 22 und 23 (22).[34]
— 58, 2, 10.	— 58, 2.
3, 1, 13, 1 und 2.	3, 1, 11 (13)[35].
— — 14, 4 (1).	— — 12 (14).
— — 16.	— — 14 (16), zweiter Halbsatz[36].
— 19, 2, 1.	— 19, 2, zweiter Halbsatz.
— 31, 12, 1.	— 31, 12.
— 32, 22.	— 32, 21 (22)[37].
4, 10, 1.	4, 10, 1.
— — 2.	— — 2[38].
— 17, 1.	— 17, 1[39].

[33] Die Worte der S. P.: si tua enim est, wird man nicht für einen Ersatz der Worte des Cod.: cum primo litem contestareris halten wollen.

[34] In S. P. 2, 12, 23 (22) treten zwar procuratores domini effecti auf, der Codex aber spricht von procuratoribus . . . post contestatam litem dominis effectis. Es fehlen also gerade die entscheidenden Worte in der Summa. Man denke an die Interpretatio (oben S. 29).

[35] Cod. § 1: Censemus itaque omnes litis . . . non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas . . . — S. P.: Ut inter tres annos causa finiatur . . .; der im Codex genau bestimmte Anfangspunkt der Frist fehlt in der Summa.

[36] Die Worte der S. P.: ante litem stehen für die Worte des Cod. (2. Satz): antequam lis inchoetur. Die kurz darauf folgenden Worte der Konstitution: post litem contestatam läßt die S. P. unberücksichtigt.

[37] Cod.: Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos. — S. P.: Male fidei possessa cum fructibus restituuntur.

[38] Cod.: Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est. — S. P.: Si res alienas, que in dote data sunt, prescriptio annis intercedit, adquisitor lucrabit.

[39] Cod.: Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores eius in

Codex.	S. P.
5, 12, 31, 7.	5, 12, 31 und 32.
— 13, 1, 14.	— 13, 1.
— 34, 12.	— 34, 12.
— 37, 28, 1a.	— 37, 28.
— 53, 4, 1.	— 53, 4.
— 61, 1, 2.	vacat.
6, 47, 2, 2.	6, 47, 2.
— 49, 7, 1b.	— 49 (Ad sc. Treb.), 7.
7, 4, 17, 2.	7, 4, 17.
— 39, 7, 5.	— 39, 7.
— 45, 16.	— 45, 16[40].
— 70, 1.	— 70, 1.

Der Notwendigkeit, alle diese Stellen im Wortlaut anzuführen, glaube ich überhoben zu sein. Einige Beispiele, die mir besonders kennzeichnend zu sein schienen, habe ich in den Anmerkungen gegeben[41].

2. Eine zweite Gruppe von Summen unterdrückt zwar die Worte litis contestatio usw., bietet aber einen Ersatz dafür, und zwar:

---

solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur. — S. P.: Heres in tantum tenetur reddere, in quantum heres est.

[40] Cod.: Cum solitum est in sententiis iudicum sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus ante definitivam sententiam ad appellationis vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam nec iudicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare. cum enim simul utrumque vocabulum ponitur tam appellationis quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi, putabant, quod nec recusare quidem iudicem cuidam conceditur ante litem contestatam. quod minime vetitum est. caveant itaque iudices huiusmodi sermonem simul et sine certa distinctione proferre. Der Kern dieser Konstitution ist die Bestimmung, daß die Partei bereits vor der litis contestatio den Richter ablehnen könne. Die S. P. dagegen sagt: Non liceat iudici ante finem per interlocutionem denuntiare, ne (lies: nec?) causiticus ante finem appellare. — Denuntiare bedeutet für die S. P. das Verkünden richterlicher Entscheidungen. Vgl. Patetta S. 315.

[41] Vgl. namentlich die vorige Anm.

a) entweder inchoatio, inchoata lis: vgl. Cod. und S. P. 3, 3, 4 und 8, 13, 4[42];

b) oder pulsare, pulsatio:

Codex	S. P.
3, 28, 5.	3, 28, 5[43].
3, 31, 1, 1 und 2.	3, 31, 1[44].
3, 32, 26.	3, 32, 25 (26)[45].
6, 47, 1.	6, 47, 1[46].
6, 47, 4.	6, 47, 4[47].

[42] Von lis inchoata ſpricht überdies die S. P. auch in 2, 12, 19 (20), wo der Codex (2, 12, 20) von initium und coepta lis ſpricht, und — allerdings recht mißverſtändlich und dunkel — in 3, 2, 1.

[43] Cod.: Si pater tuus post litem contestatam vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere te herede relicto decessit, causam coeptam vel quocumque modo illi placitam exsequi non prohiberis. — S. P.: Si pater tuus de inofficioso testamento pulsavit, te agere licet.

[44] Cod.: § 1. Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae qui antea possidebat collectas nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterunt. § 2. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum ex die contestationis computandos omnimodo reddere compellantur. — S. P.: Creditor post mortem debitoris usuras non lucrat, nisi ex eo (scil. tempore quo) heredem pulsavit. (Es kommt uns hier, wie in allen anderen Fällen, nur darauf an, zu zeigen, daß die S. P. den Augenblick der litis contestatio als den Augenblick des pulsare verſteht. Die groben ſachlichen Mißverſtändniſſe und Auslaſſungen, die ſich die S. P. zuſchulden kommen läßt, bleiben außer Betracht.)

[45] Cod.: Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur. — S. P.: Longi temporis possessio non est, qui iam pulsatus videris.

[46] Cod.: Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est . . . — S. P.: Legata cum usuris et fructibus exigantur ex die pulsationis.

[47] Cod.: In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur. — S. P.: Legata morata a die pulsationis causa nascitur, non a die defuncti.

Codex.	S. P.
8, 40, 16.	8, 40, 16[48] [49].

c) oder agere: 7, 19, 6[50].

3. In den übrigen Stellen ist ein mehr oder weniger großer Rest der litis contestatio auch im Wortlaut der Summen erhalten geblieben. Es finden sich die Worte:

a) contestare und contestatio:

Vgl. Cod. und S. P. 7, 32, 10[51]; 7, 33, 10[52]; 8, 40, 28[53]; 8, 41, 3[54]: endlich 1, 26, 1, wo es nicht sicher ist, ob das Wort

---

[48] Cod.: Fuit liberum, antequam adversus omnes fideiussores lis contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret. at nunc post litis contestationem petitionem divisam redintegrari iuris ratio non patitur. — S. P.: Duos fideiussores, antequam ambos in iudicio pulset, si vult unum in integrum tenere, non potest.

[49] Vgl. ferner 3, 31, 2 (Cod. § 1: . . . ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in iudicium deducta est. — S. P.: . . . ex eo illum pulsasti, cum fructibus tibi restituat); 5, 54, 1 (Cod.: . . . si non contra tutorem lis inchoata est . . . — S. P.: . . si pater eorum non est pulsatus); 7, 33, 1; 7, 33, 2; 7, 39, 9.

[50] Cod.: . . . causa liberalis prius adversus eos et tunc damni dati rerumque amotarum lis . . . contestanda est . . . — S. P: . . . prius de statu servitutis agi oportet.

[51] Cod.: Wortlaut oben S. 74 Anm. 26. — S. P.: Possessionem, quem tenis, si adversarius non tacuit, sed contestavit vel causavit, contra te agere potest.

[52] Cod.: Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit, cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur. — S. P.: Emptorem qui contestavit, postea erit illi repetitio. Dazu unten Anm. 68.

[53] Cod. (pr.): Wortlaut oben S. 74 Anm. 27. — S. P.: Duobus personis causa si unum contestasti, alii non est preiudicium; vel si unum fideiussorem absolsisti, alii prode non est.

[54] Cod.: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. § 1: Quod si delegatione facta iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per

„contestatio“ im Codex als litis contestatio verstanden werden muß[55].

b) litem contestari:

Codex	S. P.
3, 37, 1, 1.	3, 37, 1[56].
8, 40, 16.	8, 35, 13[57].

c) litis contestatio:

α) S. P. 1, 20 enthält wörtlich die Titelüberschrift des Cod.: Quando libellus principi datus litis contestationem facit.

β) 3, 9:

Codex.	S. P.
De litis contestatione.	De litis contestationibus.
1. Impp. Severus et Antoninus AA. Valenti. Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.	Lex 1. Impr. Severus et Antoninus aa. Valenti. Contestatio litis non fiet, nisi per interlocutionem iudicis. (Die folgenden Worte: Constitutio graeca sind offenbar durch ein Versehen aus Titel 10 an diese Stelle gekommen. Vgl. Patetta, Ausg. der S. P., S. 69 Anm. 3).

verborum obligationem voluntate novationis interposita debito liberatus sis. — S. P.: Si debitor creditore contestaret „nichil tibi debeo“ si solutionem ostendat, nihil est contestatio.

[55] Oben S. 74; dort auch der Text des Cod. — S. P.: Petitiones si prefecto dedisti, non est contestatio.

[56] Cod.: . . . hoc videlicet custodiendo, ut post litis contestationem nemo nec partem suam ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus alienare possit. — S. P.: . . . Nam si lite contestavit, alienare non potuit. Req. legem.

[57] Die S. P. enthält nur eine wörtliche, wenn auch ein wenig verstümmelte Wiedergabe der Anfangsworte des Cod. (vgl. oben S. 79 Anm. 48). S. P.: Fuit integrum (so auch eine Handschr. des Cod.), antequam adversus omnes fideiussores litis contestetur, unum eorum eligere creditori. Lege ipsa lege.

III. Unter II. wurden die Perusiner Summen zu denjenigen Stellen des Codex betrachtet, welche die Worte contestatio (scil. litis), litem contestari (lis contestata) und litis contestatio enthalten. Außerhalb dieses Rahmens bietet die Summa Perusina folgendes Bild:

1. Die Worte litis contestatio und litem contestari (abgesehen von lis contestata) fehlen.

2. Das Wort lis contestata kommt nur einmal, und auch nur in einer — allerdings wohl auf die schlechte Überlieferung[58] zurückzuführenden — Verstümmelung vor:

4, 61, 2:

Codex.	S. P.
Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur, si lis anticipata non est, vindicari potest, neque pro re, quae in commissi causam cecidit, si ipsa non extat nec dolo supprimatur, pretium peti potest[60].	Si ante quinquennium illis non est contestata, vindicari potest. Für illis ist mit Patetta[59] zu lesen: lis.

[58] Vgl. Conrat, Gesch., S. 184 bei Anm. 3.

[59] Ausg. der S. P. S. 131 Anm. 4.

[60] Die Titelüberschrift lautet: De vectigalibus et commissis. Das commissum, von dem diese Überschrift und die angeführte Konstitution des Codex spricht, dürfte demnach eine Zollhinterziehung sein. Derartige Übertretungen fielen — jedenfalls zur Zeit des Erlasses der Konstitution, deren Inscriptio die Kaisernamen Severus und Antoninus enthält — nicht unter die Zuständigkeit der Strafgerichte, sondern der Finanzbehörden (Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 853). Die Worte des Codex: lis anticipata bezeichnen also nur den Anfang des Verfahrens vor den Finanzbehörden; also jedenfalls nicht, wie in fr. Vat. 12, die litis contestatio im klassischen Sinne. Ob die Idee der litis contestatio in diesem Verfahren, ähnlich wie im nachklassischen Prozeß (vgl. oben § 1), eine Rolle gespielt hat, läßt sich wohl kaum erweisen, und jedenfalls aus dieser Stelle des Codex nicht erschließen. Da aber in der späteren Zeit die Grenze „zwischen der Finanz- und der Kriminalstrafe" verwischt wurde (Mommsen a. a. O.), so ist es nicht ausgeschlossen, daß die Konstitution als Teil der Justinianischen Kodifikation so zu verstehen ist, als ob die Worte lis anticipata die

3. Überdies enthält die S. P. noch einige weitere Stellen[61] mit contestatio und contestari (contestare):

a) contestatio:

7, 40, 2 (contestatio = Klagſchrift)[62].

7, 67, 2 (contestatio = Appellationsſchriftſatz)[63].

b) contestari, contestare:

α) ſtatt manifestare (Cod.): Vgl. die leges geminatae 1, 4, 21 und 4, 30, 14, 5 und 6 mit S. P. 1, 3, 17 und 4, 30, 14[64].

---

litis contestatio des Strafprozeſſes (vgl. oben S. 73 Anm. 21) bezeichneten.

[61] Vgl. oben S. 79 unter 3a.

[62]

Cod.	S. P.
(pr.) . . . bei Abweſenheit des Beklagten licentia ei (dem Kläger) detur adire praesidem vel libellum ei porrigere . . . § 1: Sin autem nullo poterit modo praesidem adire, saltem ad episcopum locorum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. sin autem afuerit vel praeses vel episcopus vel defensor, liceat ei et proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione vel, si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem . . .	Contra quem abes causam si absens est, ut non te excludant anni, pene (lies: pone; vgl. Patetta zu dieſer Stelle) contestatione scripta (lies: contestationem scriptam) apud iudicem aut episcopum aut ad curia aut in locum, ubi domicilium abuit, et subscribant tres viri.

[63] Zu Cod. vgl. oben S. 72 unter c. — S. P.: Qui propter timorem iudicis appellationem non posuerit, postea agere non potest. Si violentia passus est, contestatione (lies: contestationem) publice ponat.

[64]

Cod.	S. P.
(1, 4, 21) und [4, 30, 14, 5 und 6]: [Sed] si praesens quidem sit, qui pecunia(m)[s] numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem [vel in hac alma urbe vel] in provinciis gerat, ut difficile esse videatur denuntia-	1, 3, 17: Qui a iudice in provincia directus est erogari solidum et non accepit, contestetur ab alio iudice. 4, 30, 14: . . . NI (lies Si; vgl. Patetta S. 113 Anm. 1) cabuit et non accepit, si creditor absens

β) ſtatt querimonia uti oder in queremoniam deducere aliquem (Cod.): 4, 30, 8 (S. P. 7)[65]. Beide Fälle (α und β) betreffen die querela non numeratae pecuniae.

γ) ſtatt (auctori) denuntiare (Cod.): Vgl. 8, 44, 9[66].

δ) auf Grund mißverſtandener Worte des Codex, vgl. 6, 9, 9 (S. P. 8)[67] und 7, 33, 9[68]. In 6, 9, 8 (9)[67] ſcheint das

---

tionem ei(dem non numeratae pecuniae) mittere, licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit, alios iudices adire [...] et per eos [ei] manifestare, cui exceptionem huiusmodi obicit, factam a se super non numerata pecunia querellam esse. Quod si [...] non sit alius administrator civilis vel militaris ... licentiam [ei] damus (et) per virum reverentissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrumpere ...

est, contestetur iudices aut episcopum intra biennium.

[65]

Cod.

(pr.) Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius ... (§ 2) Sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur.

S. P.

Non numerata pecunia debitum intra certum tempus non contestavit et mortuus est, stat debitus.

[66]

Cod.

Si controversia tibi possessionis, quam bona fide te emisse adlegas, ab aliquo movetur, auctori heredive eius denuntia ...

S. P.

Emptor contestat venditore ...

[67]

Cod.

Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari de-

S. P.

Petendum successionem propinqui, si quoram duo testes (ſo verſteht

contestare der S. P. etwa „Klage erheben" zu bedeuten, und entsprechend das contestari in 7, 33, 9 (S. P.)[68] „verklagt werden".

ε) infolge wörtlicher[69] Übernahme einer ganzen Konstitution in die S. P.: Vgl. 8, 35, 8 (S. P. 17)[70].

IV. Jetzt kann die Beantwortung unserer Frage versucht werden: Wie steht die Summa Perusina zur litis contestatio?

Zunächst ist festzustellen, daß trotz des an vielen Stellen der Summa zu bemerkenden ersatzlosen Verschwindens der litis contestatio[71] dennoch zur Zeit der Entstehung der Summen[72] die Worte litis contestatio und litem contestari noch nicht tot waren. Dies zeigt sich daran, daß die Summa in 3, 9, 1[73]

---

cernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis (Erklärung, die Erbschaft anzutreten; vgl. Heumann-Seckel unter testatio und amplecti) ostendatur, statutis prisco iure temporibus coartanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita curriculis, consequatur.

die S. P. die duumviros des Cod.; vgl. Patetta S. 177 Anm. 3) contestasti (dieses Wort der S. P. geht offenbar auf die testatio des Cod. zurück) detentatore, non tibi preponitur tempus.

[68] S. P.: Bone fidei emptor si contestatus fuit, erit adversus eum repetitio. — Die von der S. P. völlig mißverstandene Konstitution, die mit contestatio das Vorbringen der longi temporis praescriptio bezeichnet, s. oben S. 72 f. Anm. 20. — Wahrscheinlich will die S. P. in 7, 33, 9 nichts anderes sagen wie in 7, 33, 10 (oben S. 79 Anm. 52 a. E.). Auf diese Möglichkeit hat mich Herr Professor Mendelssohn Bartholdy freundlichst aufmerksam gemacht.

[69] Wörtlich, abgesehen von einigen Verstümmelungen, die der schlechten Überlieferung der S. P. zur Last gelegt werden dürften.

[70] S. P.: Perscriptionem perempturiam, quam ante contestari sufficit, vel omissam, priusquam sententiam feratur, obicere quandoque liceat. — Der Codex bezeichnet hier mit contestari das Vorschützen der longi temporis praescriptio (vgl. Heumann-Seckel unter contestari a. E.; auch oben S. 72 unter e).

[71] Oben S. 75 ff. unter II 1.

[72] Vgl. oben S. 70 Anm. 2.

[73] Oben S. 80 unter c β.

von der contestatio litis spricht, obgleich der Codex in 3, 9, 1[73] im Text nur das Wort lis contestata gebraucht; ferner daran, daß die Summa in 3, 37, 1 die Worte post litis contestationem (Cod.) durch „si lite contestavit" ersetzt[74], und daß sie in 4, 61, 2 statt lis anticipata (Cod.) (il)lis contestata sagt[75].

Ist aber die Idee der litis contestatio noch lebendig? Lebt die nachklassische litis contestatio noch? Hat die Summa noch Verständnis für den nachklassischen Fiktionsgedanken[76]? Es ist kein Zweifel möglich: die Frage ist zu verneinen. Man lese nur die Summen zu denjenigen beiden Konstitutionen, die den Fiktionsgedanken klar erkennen lassen[77]:

S. P. 1, 20, 1: Qui imperatori interpellat, interrumpit tempora. Hier ist die litis contestatio spurlos verschwunden[78].

S. P. 3. 9, 1: Contestatio litis non fiet, nisi per interlocutionem iudicis[79]. Der Sinn dieser Worte mag beim ersten Lesen dunkel erscheinen; eins ist klar: der noch von Justinian in Cod. 3, 9, 1 zum Ausdruck gebrachte Fiktionsgedanke[80] ist in diesen Worten der Summa nicht bezeugt: die litis contestatio ist für die Summa — wenn ihre Worte überhaupt einen Sinn haben — irgend etwas, das geschieht auf Grund einer interlocutio des Richters, irgendein äußerer Vorgang.

Welcher äußere Vorgang aber ist gemeint? Spotten die Worte der S. P. 3, 9, 1 nicht jeder Erklärung? Nur eins ist auf den ersten Blick sicher, nämlich, daß der von der Summa bezeichnete äußere Vorgang nicht derjenige ist, der nach dem Willen Justinians[81] für den Zeitpunkt der litis contestatio maßgebend sein sollte: das causam audire coepisse durch den Richter, welches post narrationem propositam et contradictionem obiectam gegeben ist. Wird doch niemand

[74] Oben S. 80 Anm. 56.
[75] Oben S. 81.
[76] Oben S. 5 ff. und S. 68.
[77] Vgl. oben S. 5.
[78] Vgl. oben S. 75 a. E.
[79] Vgl. oben S. 80.
[80] Vgl. oben S. 5.
[81] Cod. 3, 9, 1; 3, 1, 14, 4; vgl. oben S. 5 f.

im Ernst behaupten wollen, daß die interlocutio, von der die Summa spricht, ein Urteil sei, durch das „festgestellt wird, daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage sich einzulassen schuldig", wie es der Sächsische Prozeß kannte[82]. — Ich glaube ferner nicht, daß der Verfasser der Summa das Wort contestatio im Sinne von testatio, Zeugenbeweis,[83] verwendet hat und also hätte sagen wollen, daß der Zeugenbeweis nur nach einem Interlocut des Richters[84] vorgenommen werden solle.

Eine sichere Deutung der Worte von S. P. 3, 9, 1 ermöglichen diejenigen Stellen der Summa, die anstatt der vom Codex gebrauchten Worte litis contestatio, litem contestari usw. einen anderen Ausdruck verwenden[85], nämlich inchoatio, inchoata lis, pulsare, pulsatio und agere. Die Summa versteht also unter litis contestatio den Beginn des Prozesses durch pulsare, agere[86].

Was aber heißt pulsare, agere? Auf welchen Augenblick des Prozeßverfahrens beziehen sich diese Worte? Denkt die Summa bei diesen Worten überhaupt an einen bestimmten Zeitpunkt? Daß diese letzte Frage zu bejahen ist, ergibt sich aus S. P. 6, 47, 1 und 4[87]. Hier bezeichnet die Summa mit dies pulsationis denjenigen Zeitpunkt, der für den Codex der Zeitpunkt der litis contestatio ist[88]. Welcher Tag ist aber der dies pulsationis? Ist es der Tag der Ladung oder der Tag der mündlichen Klagerhebung im Gericht?

Auf diese Frage geben diejenigen Summen, welche das Wort pulsare enthalten, in weitaus den meisten Fällen keine Antwort. Pulsare tritt meist in einer Weise auf, die eine Be-

[82] Vgl. Savigny, System VI, S. 48.

[83] Vgl. Cod. Just. 4, 20, 4, wo testatio die Zeugenaussage bedeutet.

[84] Vgl. Bethmann-Hollweg III, S. 273 bei Anm. 5.

[85] Vgl. oben unter II, 2; S. 77 ff.

[86] Vgl. auch S. P. 7, 40, 2 (oben S. 82 unter 3a), wo contestatio „Klagschrift" bedeutet, und S. P. 4, 30, 7 (8) (oben S. 83 unter 3b β), wo contestari für „klagen", „verklagen" gebraucht wird.

[87] Oben S. 78 Anm. 46 und 47.

[88] Vgl. Patetta, Ausg. der S. P., S. 204 Anm. 4, S. 205 Anm. 1. — Auch S. P. 7, 39, 9 spricht von dem dies, quo pulsatio facta est.

ziehung auf einen bestimmten Prozeßvorgang nicht zuläßt[89]. Zweimal kommt in der Summa ein pulsare in iudicio vor[90]. Hier scheint das pulsare die Klagerhebung im Gericht zu bedeuten. Diese Bedeutung von pulsare kann aber zur Erklärung von S. P. 3, 9, 1[91] nicht herangezogen werden, da die Klagerhebung nicht per interlocutionem iudicis geschieht.

In zwei anderen Stellen der Summa aber muß das pulsare auf den Augenblick der Ladung bezogen werden:

S. P. 3, 13, 2: Pulsatus actoris foro non sequaris: Wenn du geladen wirst, so brauchst du vor dem Gerichte, bei dem der Kläger seinen Gerichtsstand hat, nicht zu erscheinen (wenn es nicht auch für dich zuständig ist).

S. P. 3, 22, 3: Qui in libertate constitutus ad servitium pulsatur, foro pulsati sequitur.

Auch diese Stelle wird nur verständlich, wenn man das pulsatur auf die Ladung bezieht.

Zu diesen beiden Stellen gesellt sich, den Ausschlag und zugleich die Lösung der ganzen Frage gebend, S. P. 1, 2 (3), 25, Satz 2: In ea legem abet: Lite pulsatus det executori. Diese von der Summa zitierten Worte stehen in § 1b der Konstitution Cod. 1, 3, 25, deren §§ 1 und 2 verordnen:

§ 1: . . . clerici . . . in causa, in qua vel ipsi vel procuratores, quos pro se dederint, sententiarum auctoritate pulsantur, exsecutoribus, per quos coeperint conveniri, fideiussorem sacratissimae huius urbis ecclesiae oeconomum vel defensorem praebeant, qui usque ad quinquaginta libras auri fideiussor existat. § 1a: Ipse vero . . . oeconomus . . . lite pulsatus fideiussorem pro se non praebeat . . . § 1b: Quod si lis diversorum (excepto reverentissimo oeconomo) clericorum, quae agitanda sit, memoratam summam videtur

---

[89] Vgl. S. P. 2, 3, 2; 2, 4, 3; 2, 56, 1; 2, 58, 2; 3, 8, 2; 3, 19, 2 (erster Halbsatz); 3, 31, 11 f.; 3, 42, 3; 4, 7, 1; 4, 19, 8; 4, 21, 21; 4, 30, 3; 6, 42, 2; 7, 14, 7; 7, 16, 14; 7, 17, 2; 7, 19, 4; 7, 21, 8; 7, 39, 3; 7, 72, 3; 8, 4, 1; 8, 35, 10; 8, 41, 4.

[90] S. P. 3, 22, 6; 8, 40, 16 (vgl. oben S. 79 Anm. 48.)

[91] Oben S. 80 und 85.

excedere, clericus lite pulsatus det exsecutori pro residua quantitate cautionem suam. . . . § 2: Statuimus autem, ut exsecutoribus idem reverentissimus oeconomus vel alii diversi clerici . . . sententiarum tuarum auctoritate commoniti solidos duos tantummodo dent pro commonitione sua et pro institutione procuratoris, si per eum voluerint litigare.

Das pulsare (§ 1), das monere (§ 2) geſchieht durch die exsecutores. Es iſt hier zweifellos die Ladung. Und: Dieſe Ladung geſchieht auctoritate sententiarum, auf Anordnung des Richters. Dieſe, die Ladung anordnende richterliche Verfügung bezeichnen die Quellen auch anderwärts[92] als sententia, an zwei Stellen[93] als διαλαλιά (i. e. interlocutio), und als interlocutio in Epitome Juliani CCCLXVIII:

[92] Vgl. Cod. Just. 1, 12, 6, 1 (iudicum . . . sententiis moneantur, responsum daturi) und 3 (iudicis, cuius pulsatur sententiis); 2, 7, 22, 6; 12, 1, 17, 2; 12, 21, 8 pr. und § 2; 12, 25, 4 pr.; Nov. Theod. 7, 4, 4 (dieſe Stellen hat bereits Wieding, Libellpr., S. 325 und 338 zuſammengeſtellt). Dazu Epitome Juliani CLXXXIV (Si quis ex sententia iudicis admonitus fuerit . . .) und Nov. Marciani (von Marcian iſt auch die im Text beſprochene Konſt. Cod. Just. 1, 3, 25 erlaſſen) 1 § 2: Has ergo ob causas nullum adversarium suum a proximis vel longinquis partibus, non per sacros adfatus, non per magnificentissimorum vel illustrium iudicum sententias volumus exhibere, . . . — Auf Nov. Marc. 1 beruht, wie bereits Bluhme (MG. LL. III S. 615 Anm. 69) hervorgehoben hat, l. Rom. Burg. (MG. LL. Sectio I Tomi II pars I) 33, 1, wo es heißt: . . . et pulsatus in eius audientia respondeat, ad cuius sententiam convenitur . . . Das conveniri, die Ladung, geſchieht auf Grund (ad) richterlicher sententia. Für die Bedeutung des Wortes ad vgl. l. Rom. Burg. 30, 2: . . . ad praeceptionem domni regis . . .; eod. 32 a. E.: . . . secundum legem Theudosiani, quae de falsariis ad legem Corneliam data est. Nicht genau Bethmann-Hollweg IV S. 171 a. E.: „Ladung (conventio, sententia)". — Ed. Theoderici 145 (MG. LL. V S. 167): „Si quis barbarorum tertio competentis iudicis auctoritate conventus, et edictis sollemniter inclamatus, ad iudicem, cuius praeceptione conventus est, venire neglexerit, . . . (Vgl. auch c. 11; unten S. 111 f. Anm. 9). Cassiodor, Variae IX, 14, 5 (MG. auct. antiquiss. XII S. 278): Si vero tua iussione conventio destinatur . . . mediam portionem exsecutor accipiat . . .

[93] Cod. Just. 10, 11, 8, 4; Nov. 112 c. 2. Dazu Bethmann-Hollweg III, S. 247 f. Anm. 30.

De interlocutionibus iudicum, per quas accusati rei conveniri iubentur, . . .

Si iudex aliquem teneri voluerit, talem condicionem in sua interlocutione debet inserere, ut non aliter libellus accusationis reo detur, vel sportulae ab eo exigantur, nisi prius actor in libello subscripserit, vel sua manu, vel per tabularium, et monumentis intervenientibus fideiussorem praestet idoneum periculo officii promittentem, quod actor et observabit in iudicio, et exercebit suas actiones etc.

Deutlicher kann nicht gesagt sein, daß die Ladung geschieht durch Zustellung der Klagschrift auf richterliche Anordnung, interlocutio iudicis.

Diese Beobachtungen rechtfertigen den Schluß, daß das pulsare, von dem S. P. 1, 2 (3), 25 spricht[94], die durch den executor auf Grund richterlicher interlocutio bewirkte Zustellung der Klagschrift ist.

Jetzt sind wir imstande, die oben[95] hervorgehobene Tatsache, daß die Summa Perusina wiederholt die Worte pulsare, pulsatio dort verwendet, wo der Codex von der litis contestatio spricht, zur Lösung der Frage nach der Bedeutung des Wortes litis contestatio in der Summa Perusina zu verwenden:

Die Hauptstelle der Summa 3, 9, 1[96], lautet: Contestatio litis non fiet, nisi per interlocutionem iudicis. Da für die Summa litis contestatio gleich pulsatio ist[95], so ergibt sich, daß die litis contestatio für die Summa diejenige pulsatio ist, welche geschieht per interlocutionem iudicis, also diejenige pulsatio, von der, wie eben ausgeführt, S. P. 1, 2 (3), 25 spricht: Die durch den executor auf Grund richterlicher interlocutio bewirkte Zustellung der Klagschrift. Die Worte von S. P. 3, 9, 1 sind also zu übersetzen: Die Zustellung der Klagschrift soll nur auf Grund richterlicher Anordnung geschehen. Die litis contestatio

---

[94] Vgl. oben S. 87.
[95] S. 78 unter 2b, S. 86 f.
[96] Vgl. oben S. 80 und 85.

der Summa Perusina ist die Zustellung der Klagschrift durch den executor[97].

Es ergibt sich: Für die Summa Perusina sind die Worte litis contestatio und litem contestari zwar noch lebendig[98]. Der Fiktionsgedanke aber, das Kennzeichen der nachklassischen litis contestatio[99], ist verschwunden. Die litis contestatio der Summa Perusina ist nicht mehr und nicht weniger als die Zustellung der Klagschrift durch den executor. Die alte Idee verbindet sich mit dem Worte litis contestatio nicht mehr[100].

§ 9. Die litis contestatio der Summa Perusina eine versteinerte nachklassische litis contestatio.

Am Ende des ersten Abschnitts[1] stellten wir die Frage, ob das litem contestari der Interpretatio, welches die Einreichung der Klagschrift bezeichnet, als die Versteinerung einer Entwicklungsstufe der nachklassischen litis contestatio aufgefaßt werden dürfte, ob man anzunehmen habe, daß die Worte litem contestari deshalb in der Interpretatio die Einreichung der Klagschrift bezeichnen, weil der Augenblick der nachklassischen litis contestatio eine Zeitlang kraft Rechtssatzes durch die Ein-

[97] Für diese Lösung spricht überdies folgendes: Die S. P. verwendet gelegentlich die Ausdrücke inchoatio, inchoata lis, statt lis contestata (Cod.) (oben S. 78 unter 2a). Wenn die Anfangsworte von S. P. 3, 2, 1 mit Patetta (Ausg. der S. P. S. 67 Anm. 3) zu lesen sind: Executor, per quem lis inchoata est, so ergibt sich, daß das litem inchoari, also auch das litem contestari, per executorem erfolgt. Der executor aber besorgt die Zustellung der Klagschrift.

[98] Oben S. 84 f. unter IV.

[99] Oben S. 5 ff. und S. 68.

[100] Auf ein Weiterleben der Idee der litis contestatio in Italien darf auch nicht aus der Tatsache geschlossen werden, daß in cap. 168 (Italica) c. 10 (MG. Cap. I S. 337) von der res litigiosa die Rede ist. Denn das c. 10, das schon von Boretius (MG. a. a. O. Anm. 9) als Privatarbeit eines Gelehrten erkannt wurde, ist, wie Conrat (Z.[2] f. RG. X, Germ. Abt. S. 239; vgl. auch Gesch. S. 285) entdeckt hat, eine Stelle aus der Epitome Aegidii (zu Cod. Theod. 4, 5, 1; in einem — unbedeutenden — Punkte ist die Wortstellung geändert).

[1] Oben § 6, insbes. S. 65 f.

reichung der Klagschrift bestimmt wurde, und weil während der Geltungsdauer dieses Rechtssatzes im Heimatlande der Interpretatio die Idee der litis contestatio in Vergessenheit geriet, der Fiktionsgedanke[2] entschwand, und nur das Wort litem contestari an demjenigen äußeren Vorgange (Einreichung der Klagschrift) haften blieb, der ursprünglich nur den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmen sollte, nicht aber selbst die litis contestatio war.

Was für die Interpretatio nur Frage bleiben mußte, darf für die Summa Perusina mit Bestimmtheit behauptet werden: Die litis contestatio der Summa Perusina ist die Versteinerung einer Entwicklungsstufe der nachklassischen litis contestatio. Dies soll im folgenden näher ausgeführt und dann zu weiteren Schlüssen verwertet werden.

Die Summa Perusina versteht unter litis contestatio die Zustellung der Klagschrift, lediglich diesen äußeren Vorgang, ohne damit die Idee der litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses zu verbinden[3]. Diese Tatsache weist schon durch sich selbst darauf hin, daß innerhalb der nachklassischen Epoche eine Zeitlang die Zustellung der Klagschrift derjenige Vorgang gewesen sein dürfte, mit dem die Fiktion der litis contestatio[4] verknüpft wurde. So erklärt sich, wie nach dem Verschwinden des Fiktionsgedankens in Italien der Name litis contestatio eben an jenem äußeren Vorgange, der Zustellung der Klagschrift, hat haften bleiben können. So erscheint die litis contestatio der Summa Perusina als eine Versteinerung.

Die voranstehenden Sätze sind gesichert, sobald es gelingt, den Beweis zu führen, daß es in der Tat innerhalb der nachklassischen Epoche Zeiten gegeben hat, in denen die Zustellung der Klagschrift den Augenblick der nachklassischen litis contestatio bestimmte. Diesen Beweis zu erbringen soll im folgenden versucht werden.

[2] Vgl. oben S. 5.
[3] Oben S. 90.
[4] Oben S. 5 ff.

Im Laufe der nachklassischen Epoche erscheint die Ladung, die ordentlicherweise durch die Zustellung der Klagschrift bewirkt wird, zu zwei verschiedenen Zeiten deutlich als Träger der litis contestatio: in der ersten Hälfte des 4. und im 5. Jahrhundert.

I. Von den Quellen aus der ersten Hälfte des 4. Jahrhunderts kommt hauptsächlich in Betracht die im Jahre 331 von Konstantin erlassene Konstitution Cod. Just. 3, 19, 2, wo es in § 1 heißt: ... tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata ... Es bedarf keiner näheren Ausführung darüber, daß hier kraft des Fiktionsgedankens[5] (tamquam) die Idee der litis contestatio mit der Zustellung der Klagschrift an den Beklagten[6] verknüpft erscheint. — In demselben Sinne dürfte eine Konstitution Konstantins des Großen vom Jahre 319[7] zu verstehen sein[8].

II. Quellen aus dem 5. Jahrhundert.

1. Cod. Theod. 5, 18, 1 (Brev. 5, 10, 1), erlassen 419, verordnet in § 5:

> Contestatas autem lites, si tamen quisque docebitur sollemniter fuisse conventus, salvas repetentibus esse decernimus.

---

[5] Oben S. 5.

[6] Vgl. Bruns-Sachau, Syrisch-Römisches Rechtsbuch (Leipzig 1880), S. 232 oben.

[7] Cod. Theod. 2, 4, 1: Si quando minoribus vel adultis inferenda lis erit vel ab ipsis minoribus vel adultis cuidam quaestio movenda sit, non alias cursus temporis incoetur, nisi ab universis, quos officii sollicitudo constringit, hoc est tutoribus, sive testamento sive decreto dati sunt, vel curatoribus, per quos minores defenduntur, vel iisdem omnibus solemni more lis fuerit intimata. Quod si divisum administrationis periculum per provincias sit, his tantum omnibus insinuari convenit et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae vel curae officium sustinent ...

[8] Überdies läßt sich, wie ich glauben möchte, der Papyrus Oxy. 67 (Mitteis, Papyruskunde II, 1, Nr. 56) vom Jahre 338 nur dann richtig verstehen, wenn man die προκάταρξις (i. e. litis contestatio) des Papyrus (Zeile 11) auf den Augenblick der Zustellung der Klagschrift bezieht. Ich will aber hier auf diese Urkunde nicht näher eingehen.

Der Hauptsatz drückt den Grundgedanken aus: Sobald die lis eine lis contestata ist, läuft die Klagenverjährung nicht mehr. Die litis contestatio „salviert" die Sache dem Kläger, sie „perpetuiert" die actio.

Der Nebensatz: si tamen quisque docebitur sollemniter fuisse conventus, gibt die Bedingung an, die erfüllt sein muß, wenn die lis als contestata gelten soll[9]: Der Prozeß muß so weit vorgeschritten sein, daß der Beklagte conventus ist.

Es ist deutlich, daß das Gesetz einen bestimmten Augenblick des Prozesses mit dem Worte conventus treffen will. Welcher Augenblick ist gemeint?

Das Wort convenire, im Sinne von belangen, verklagen, bezieht sich in den Kaiserkonstitutionen[10], wenn es überhaupt einen bestimmten Prozeßvorgang erkennbar bezeichnet,

---

[9] Si tamen dient zur Einleitung einer Präzisierung. Vgl. Heumann-Seckel unter tamen und die dort aufgeführten Belege. Unzutreffend wäre es, wenn man auf Grund des tamen den Augenblick der litis contestatio zu dem des conveniri in Gegensatz stellen und die Konstitution dahin auslegen wollte, daß die litis contestatio der conventio nachfolge, daß also nicht die litis contestatio, sondern die — nach dieser Annahme — ihr vorangehende conventio die Unterbrechung der Verjährung herbeiführe. Dann wäre der stilistische Aufbau des Satzes nicht zu verstehen: Wie wollte man es erklären, daß die Worte contestatas autem lites an den Anfang des Satzes gestellt wurden, wenn sie nicht betont werden sollten? Sie zu betonen aber hätte keinen Sinn gehabt, wenn nicht die litis contestatio, sondern ein früherer Augenblick für die Unterbrechung der Verjährung entscheidend sein sollte. Man hätte dann die Worte contestatas autem besser nicht nur nicht betont, sondern ganz fortgelassen! — Man denke ferner an die alte Beziehung zwischen litis contestatio und Unterbrechung der Verjährung, die noch in Cod. Just. 3, 19, 2 (a. 331) bezeugt ist: vgl. oben S. 92 unter I. — Oben (§ 6) wurde die Frage aufgeworfen, ob vor dem Jahre 419 die Einreichung der Klagschrift den Augenblick der litis contestatio zu bestimmen hatte. Wenn diese Frage zu bejahen ist, so kann man aus dem si tamen eine Ablehnung jenes älteren Brauches heraushören: Damit die lis als contestata zu gelten habe, genügt die Einreichung nicht, es muß mindestens die conventio (d. i. wie sich unten zeigen wird, die Zustellung der Klagschrift) erfolgt sein.

[10] Der Sprachgebrauch der Klassiker ist hier nicht zu untersuchen.

soweit ich sehe, ausschließlich auf die prozessual erhebliche Inkenntnissetzung des Beklagten von der Klage, kurz: auf die Ladung[11].

Zwei Konstitutionen vom Jahre 290[12] sprechen von einem convenire denuntiationibus[13]: In Nov. Valent. 8, 1 (a. 440) § 1 heißt es: ... in eadem domo consistens ... potuerit conveniri[14]; am wichtigsten aber sind diejenigen Stellen, in denen von einem convenire durch executores[15] oder von einem convenire (bez. einer conventio) auf Grund richterlicher sententia[16] die Rede ist[17]. Von dieser richterlichen sententia wurde bereits gesprochen[18]; sie ist nichts anderes als die interlocutio iudicis, der richterliche Beschluß, der die Zustellung der Klagschrift anordnet.

Man wird also sagen dürfen: Wenn die Konstitutionen mit convenire, conventio einen bestimmten Prozeßvorgang bezeichnen, so meinen sie die Ladung[19]. Die Ladung aber geschieht

---

[11] Die folgenden Stellen sind meist bereits von Wieding, Libellprozeß, S. 317 f. und 337 f. in dem gleichen Sinne verwertet.

[12] Cod. Just. 7, 43, 7 und 8, 13, 10.

[13] Daß hier denuntiatio nicht in demselben Sinne zu verstehen ist wie das denuntiari in Cod. Theod. 2, 4, 2 (vom Jahre 322; vgl. oben S. 18 ff.), ist selbstverständlich.

[14] Ebenso ist in dem folgenden Satze das Wort conventio auf die Ladung zu beziehen.

[15] Nov. Valent. 35 (a. 452) § 1 a. E.; Cod. Just. 1, 3, 25 (a. 456?) § 1 (vgl. oben S. 87); 12, 21, 8 (a. 484) pr. und § 6; 12, 25, 4 (a. 474) §§ 1 f.

[16] Nov. Theod. 7, 4 (a. 441) § 4; Cod. Just. 2, 7, 22 (a. 505) § 6; 12, 1, 17 (a. 485—486?) § 2; 12, 21, 8 (a. 484) pr.; 12, 25, 4 (a. 474) pr. und § 1; vgl. auch 1, 3, 25 (a. 456?) §§ 1 f.; vgl. auch Cod. Just. 10, 11, 8, 4 und Nov. 112 c. 2 (dazu oben S. 88 Anm. 93).

[17] Vgl. dazu namentlich Ept. Jul. CCCLXVIII (oben S. 88 f.).

[18] Oben S. 88 ff.

[19] Zur Unterstützung kann auf den Sprachgebrauch anderer Quellen verwiesen werden: Interpr. zu Cod. Theod. 2, 4, 4 (oben S. 25; dazu Bethmann-Hollweg IV, S. 200 Anm. 12); Interpr. zu Nov. Valent. 35 (Brev. 12), Satz 5; Formula de trina conventione (MG. Formulae, S. 534 f.) Ed. Theoderici (MG.LL. V, S. 145 ff.) 5; 145; lex Rom. Burg. 33, 1 (oben S. 88 Anm. 92).

in der Regel durch die Zustellung der Klagschrift[20]. Die conventio, welche nach Cod. Theod. 5, 18, 1[21] für den Zeitpunkt der litis contestatio (im nachklassischen Sinne) entscheidend sein soll, ist also die Ladung, d. h. in der Regel[20] die Zustellung der Klagschrift[22].

Damit ist es aber auch bewiesen, daß die litis contestatio, von der diese Konstitution spricht, bei normalem Prozeßverlauf auf den Augenblick der Zustellung der Klagschrift fällt. Denn das conveniri bestimmt den Zeitpunkt der litis contestatio[23]. Mit der Zustellung der Klagschrift tritt deshalb die Unterbrechung der Verjährung ein, weil sich mit der Zustellung die Fiktion[24] der litis contestatio verbindet. Es ist ein Satz des klassischen Rechts, der — kraft des Fiktionsgedankens — in der Konstitution noch lebendig ist.

---

[20] Die litteris oder edictis bewirkten Ladungen des Beklagten (dazu Kipp, Litisden., S. 120 ff. und 125 ff.), können hier außer Betracht bleiben, nicht nur wegen ihrer verhältnismäßig geringeren Bedeutung, sondern weil es uns darauf allein ankommt, nachzuweisen, daß die Zustellung der Klagschrift einmal den Zeitpunkt der nachklassischen litis contestatio bestimmt hat.

[21] Oben S. 92 f.

[22] Dieses Ergebnis wird durch folgende Beobachtung unterstützt: Die Wirkung, die von der Konstitution (5, 18, 1) an das conveniri, das wir als die Zustellung der Klagschrift erkannt zu haben glauben, geknüpft wird, ist die Unterbrechung der Verjährung. Damit stimmt genau überein, daß das syrisch-römische Rechtsbuch die Unterbrechung der Verjährung mit der Zustellung der παραγγελία eintreten läßt. Vgl. Bruns-Sachau II, S. 20 (L § 66) und S. 231; Sachau, Syrische Rechtsbücher I (Berlin 1907), S. 77 (R II § 48); Kipp, Litisden., S. 199 Partsch, Longi temporis praescriptio, S. 43 (ob das Rechtsbuch überdies auch von der Unterbrechung durch eine persönliche, mündliche denuntiatio spricht — Partsch a. a. O. S. 44 — kann hier dahingestellt bleiben). Wegen der Unsicherheit unserer Kenntnis von den Entstehungsverhältnissen des Rechtsbuchs (vgl. Kipp, Quellen[3], S. 152 f., u. Krüger, Gesch.[2], S. 363 ff. und die von beiden Zitierten) können seine Bestimmungen nur unterstützend, nicht ausschlaggebend in Betracht kommen.

[23] Oben S. 92 f.

[24] Oben S. 5 ff.

2. Cod. Theod. 4, 14, 1 (Brev. 4, 12, 1[25]) (a. 424) § 1, Satz 1 bis 3. Wir betrachten zunächst Satz 1 und 2:

Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo conpetere iure coeperunt, vivendi ulteris non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per adnotationem, meruisse (Just. promeruisse) responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio.

Auch hier handelt es sich um die Frage: Wann soll die Perpetuierung der Klagen eintreten?

Der Kaiser befiehlt: Im Reskriptsprozeß genügt es zur Herbeiführung der Perpetuierung nicht, daß nach Einreichung der Bittschrift das Reskript dem Kläger erteilt, auch nicht, daß es vom Kläger dem Gerichte übergeben worden ist[26]. Es muß vielmehr nach der Übergabe des Reskripts an das Gericht die conventio erfolgt sein.

Daß aber dieser Grundsatz nicht nur für den Reskriptsprozeß, sondern auch für den durch denuntiatio eingeleiteten Prozeß zur Durchführung kommen sollte, ergibt die Bestimmung, daß für die Perpetuierung auch maßgebend sein soll die conventio, welche erfolgt in iudicio postulatione deposita; d. h.: nach der Einreichung der Klagschrift im Gericht[27]. Also: auch bei den durch denuntiatio eingeleiteten Prozessen[28] soll die conventio die Perpetuierung bewirken.

Nach den oben[29] bei Besprechung von Cod. Theod. 5, 18, 1 gewonnenen Ergebnissen darf es als sicher bezeichnet werden, daß auch hier die conventio die Ladung, also bei normalem

[25] Cod. Just. 7, 39, 3.

[26] Vgl. Bethmann-Hollweg III, S. 351 Anm. 8.

[27] Oder nach dem Vorbringen der Klage zu Protokoll (vgl. oben S. 18 f. Anm. 18): vgl. Kipp, Litisden., S. 207, Mitteis, bei Wessely, Corpus Papyrorum Raineri I (Wien 1895) S. 86 Anm. 4 zu S. 85.

[28] Diese Beziehung auf den Denuntiationsprozeß übersieht Wächter, Erörterungen III, S. 92: „Allein diese Stelle bezieht sich bloß auf den besonderen kaiserlichen Reskriptsprozeß". – Zutreffend Kipp S. 207 a. E.

[29] S. 92 ff. unter II 1.

Verlaufe des Prozesses die Zustellung der Klagschrift ist[30]. Damit stimmt aufs beste die Tatsache überein, daß das Wort subsecuta in Cod. Theod. 4, 14, 1, 1 Satz 2 die conventio als den auf die postulatio in iudicio deposita, die Einreichung der Klagschrift[31], folgenden Prozeßvorgang erkennen läßt, und daß Justinian[32] vor conventio die Worte per exsecutorem eingefügt hat.

Die Zustellung der Klagschrift führt also nach Cod. Theod. 4, 14, 1 wie nach Cod. Theod. 5, 18, 1[33] die Unterbrechung der Verjährung herbei.

Die Konstitution Cod. Theod. 5, 18, 1 ergab aber weiter, daß mit der Zustellung der Klagschrift deshalb die Unterbrechung der Verjährung eintritt, weil im Augenblick der Zustellung die litis contestatio als vollzogen gilt. Schon die nahe zeitliche Nachbarschaft beider Konstitutionen (5, 18, 1 von 419; 4, 14, 1 von 424) macht es äußerst wahrscheinlich, daß auch in Cod. Theod. 4, 14, 1 mit der conventio, deren Regelfall die Zustellung der Klagschrift ist, deshalb die Unterbrechungswirkung eintritt, weil die conventio den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmt. Bewiesen wird dies durch den dritten Satz des § 1 unserer Konstitution[34] (Cod. Theod. 4, 14, 1):

> In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo tradita oblivioni et diuturno silentio conprobantur.

---

[30] Sachlich ebenso Bruns (Bruns-Sachau, syr.-röm. Rechtsb., S. 232) und, allerdings zweifelnd, Mitteis, Corp. Pap. Rain. I, S. 86 Anm. 5.

[31] Oben S. 96 bei Anm. 27.

[32] Cod. Just. 7, 39, 3, 1. — Kipp, Litisden., S. 207 Anm. 42 gelangt dagegen von seinem unten (S. 98 f. Anm. 39) näher gekennzeichneten Standpunkte aus zu der Annahme, daß die Einfügung der Worte per exsecutorem durch Justinian der Ausdruck einer sachlichen Änderung sei.

[33] Oben S. 92 ff. unter II 1.

[34] Dieser Satz fehlt bei Justinian, Cod. Just. 7, 39, 3, 1.

Dieser Satz verordnet, daß die dreißigjährige Verjährung die actiones auch nach der litis contestatio ergreifen soll. Satz 1 und 2[35] handeln von den 30 Jahren nach der actio nata, nondum mota, und verordnen, daß die mit der actio nata beginnenden 30 Verjährungsjahre vor der conventio abgelaufen sein müssen, wenn der Beklagte die praescriptio haben soll[35]. Satz 3 dagegen handelt von der actio mota. Derjenige Prozeßvorgang, welcher die actio zur mota macht, kann kein anderer Vorgang sein als der, welcher die Verjährung der actio nata unterbricht, und dieser Vorgang ist, wie Satz 2 ergibt[36], die conventio, die Ladung. Nur auf diese Ladung dürfen also die Worte des dritten Satzes: post litem contestatam bezogen werden, wenn man Satz 2 und Satz 3 in ein reines gegenseitiges Verhältnis bringen will. Durch die Worte post litem contestatam stellt sich der dritte Satz in Gegensatz zu seinem Vorgänger, der von der Verjährung vor der litis contestatio spricht[37]. Also fällt die litis contestatio, von der Satz 3 spricht, auf den Augenblick der Ladung, denn das ist, wie Satz 1 und 2 mit Sicherheit ergeben haben[38], der kritische Punkt[39]. Der

---

[35] Oben S. 96 f.

[36] Oben S. 96 a. E.

[37] Es wird also nicht, wie Bruns (Bruns-Sachau, syr.-röm. Rechtsb., S. 232) annimmt, die litis contestatio zur conventio in Gegensatz gestellt.

[38] Oben S. 96 f.

[39] Daß litis contestatio und conventio in dieser Konstitution als gleichzeitig gedacht sind, hat bereits Kipp, Litisden., S. 207 Anm. 42 ausgeführt. Kipp ist aber offensichtlich der Meinung, daß die litis contestatio der Zustellung der Klagschrift nachfolgt, er geht allem Anscheine nach (wie wohl fast alle Romanisten; vgl. z. B. Heumann-Seckel unter Contestari S. 103) von der Ansicht aus, daß die litis contestatio während der ganzen nachklassischen Epoche im Beginn der mündlichen Verhandlung — entsprechend den bekannten Konstitutionen des Cod. Just. — zu suchen ist. Infolgedessen ist für Kipp a. a. O. S. 207 a. E. die conventio in Cod. Theod. 4, 14, 1 „das Verfahren bis zur Litiscontestation", also das Verfahren bis in die mündliche Verhandlung hinein. Kipp hält also den Zeitpunkt der litis contestatio für eine feste Größe und gelangt infolgedessen dazu, die conventio, deren Gleichzeitigkeit

Regelfall der Ladung aber ist die Zustellung der Klagschrift[40].

Gegen diese Auffassung könnte man sich auf die Worte berufen, die in Satz 3 auf post litem contestatam folgen: in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu. Diese Worte haben Tardif zu der Annahme verleitet, daß bereits nach dieser Konstitution (von 424) die litis contestatio auf den gleichen Zeitpunkt falle wie nach justinianischem Recht: in die mündliche Verhandlung[41]. Dagegen ist zu bemerken, daß eine solche Auffassung jedenfalls nicht durch den Wortlaut geboten ist: Die drei Zeitbestimmungen, die Satz 3 enthält:

1. post litem contestatam,
2. in iudicium actione deducta,
3. habitoque inter partes de negotio principali conflictu,

---

mit der litis contestatio er richtig erkennt, nach dieser vermeintlich festen Größe zu bestimmen. Da es aber gerade die Frage ist, auf welchen Zeitpunkt die litis contestatio im Sinne der Konstitution fällt, so mußten wir umgekehrt von der conventio ausgehen, um den Zeitpunkt der litis contestatio zu ermitteln. — Mitteis, der Cod. Theod. 4, 14, 1 zutreffend dahin versteht, daß die Unterbrechung der Verjährung durch die Zustellung der Klagschrift (Mitteis spricht in diesem Sinne von „denuntiatio") bewirkt wird (vgl. oben S. 97 Anm. 30), führt a. a. O. S. 86 aus, daß die denuntiatio (die Zustellung der Klagschrift) „streng von der Litiscontestatio zu scheiden ist". So scheint auch Mitteis (wie Kipp) davon auszugehen, daß die litis contestatio zu allen Zeiten des nachklassischen Prozesses im Beginn der mündlichen Verhandlung gelegen war. Diese Meinung ist ganz klar ausgesprochen bei Wieding, Libellpr., S. 337, der die conventio unserer Stelle richtig als die conventio per executorem versteht, dann aber sagt: „Dieser Zusatz" (per executorem) „. . . beweist, daß die Conventio hier nichts mit der Litiscontestation zu schaffen hat, da diese zu allen Zeiten coram Judice geschehen mußte und niemals durch einen Exekutor geschehen konnte." — Dagegen dürften die Ausführungen im Text zeigen, daß die litis contestatio nicht immer an demselben Punkte des Verfahrens ihren Platz hatte.

[40] Vgl. oben S. 95 Anm. 20.

[41] Tardif S. 21: On ne peut considérer ces mots comme une simple redondance; il est bien plus naturel d'y voir l'expression de l'idée que la litis contestatio a lieu quand le débat est engagé au fond entre les parties.

müssen nach dem Wortlaut der Quelle durchaus nicht alle denselben Zeitpunkt betreffen. Die Gründe, die dazu nötigen, die erste Zeitbestimmung (post l. c.) auf die conventio (die Zustellung der Klagschrift) zu beziehen, wurden oben[42] entwickelt. Bedenkt man, daß nach der nur um fünf Jahre älteren Konstitution Cod. Theod. 5, 18, 1[43] die conventio zweifellos als der Zeitpunkt der litis contestatio erscheint, so wird es als sicher angenommen werden dürfen, daß auch für Cod. Theod. 4, 14, 1 die litis contestatio auf den Augenblick der conventio, also im normal verlaufenden Prozesse[44] auf den Augenblick der *Klagzustellung* fällt.

Die Worte habitoque inter partes de negotio principali conflictu haben aber ihren guten Sinn: Sie sind dahin zu verstehen, daß die Verjährung der actio mota nicht mit der — auf den Zeitpunkt der Klagzustellung fallenden — litis contestatio (als solcher)[45], sondern mit der letzten vor dem Ruhen des Prozesses vorgenommenen Prozeßhandlung beginnen soll. Die Worte drücken diese Regel aber nicht allgemein aus, sondern betreffen nur einen einzelnen, praktisch vielleicht den wichtigsten Fall[45].

3. Die unter 1. und 2. betrachteten Quellen beziehen sich ausschließlich auf die Unterbrechung der Verjährung. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, daß nur für die Frage der Unterbrechung der Verjährung, nicht aber *allgemein* die

---

[42] S. 98 f.

[43] Oben S. 92 f.

[44] Vgl. oben S. 95 Anm. 20.

[45] Wenn überhaupt keine mündliche Verhandlung nach der Klagzustellung stattgefunden hat, so läuft die Verjährung, wie sich von selbst versteht, von der Klagzustellung, also vom Augenblick der litis contestatio an. Ebenso gilt natürlich die für den Fall des Ruhens nach dem principalis conflictus gegebene Vorschrift auch dann, wenn das Ruhen des Prozesses erst nach dem zweiten, dritten oder einem weiteren Termine eintritt. Vgl. Cod. Just. 7, 39, 9 pr., wo ausdrücklich bezeugt ist, daß die dreißigjährige Verjährung der actio mota von der cognitio novissima (der letzten mündlichen Verhandlung; vgl. die gerade auf 7, 39, 9 sich beziehende Stelle Cod. Just. 7, 40, 1, 1e: cognitionalia certamina) ihren Anfang nimmt.

Zustellung der Klagschrift[46] den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmen sollte. Eine Andeutung dieser Auffassung findet sich aber weder in Cod. Theod. 5, 18, 1[47], noch in Cod. Theod. 4, 14, 1[48]. Vielmehr sprechen beide ganz allgemein von der lis contestata, ohne etwas zu sagen, was hier etwa nur gewissermaßen eine Abspaltung der litis contestatio vermuten lassen könnte. Dazu kommt aber noch eine positive Tatsache, die den Ausschlag geben dürfte: Die oben (unter 2) besprochene Konstitution Cod. Theod. 4, 14, 1, nach der die litis contestatio auf den Augenblick der Klagzustellung fällt, ist datiert vom 14. November 424 und gerichtet an den Praefectus Praetorio Asclepiodotus. Vom gleichen Tage datiert und an denselben Adressaten gerichtet ist die Konstitution Cod. Theod. 2, 12, 7, deren erster, oben[49] im Wortlaut mitgeteilter Satz von der lis contestata in ganz anderem Zusammenhange spricht als Cod. Theod. 5, 18, 1 und 4, 14, 1: Cod. Theod. 2, 12, 7 spricht von der lis contestata nicht im Zusammenhange mit der Unterbrechung der Verjährung, sondern im Zusammenhange mit dem Verhältnis des Prozeßbevollmächtigten zum Prozesse. Die Konstitution enthält nicht die geringste Andeutung, nach der man darauf schließen könnte, daß für sie der Augenblick der litis contestatio durch einen anderen Prozeßvorgang bestimmt werde als für Cod. Theod. 4, 14, 1. Da, wie gesagt, beide Konstitutionen genau gleichzeitig und an denselben Adressaten gerichtet sind, so hätte eine Abweichung der einen Konstitution von der andern in der Frage des Zeitpunktes der litis contestatio unbedingt zum Ausdruck kommen müssen. So, wie die beiden Konstitutionen lauten, konnten sie von dem Adressaten nur dahin verstanden werden, daß

---

[46] Die oben S. 95 Anm. 20 erwähnten weiteren Fälle der conventio werde ich, da sie für uns nicht in Betracht kommen, nicht weiter berücksichtigen. Ich denke im folgenden nur an den normal verlaufenden Prozeß, in dem die Ladung durch Zustellung der Klagschrift bewirkt wird.

[47] Oben S. 92 ff.

[48] Oben S. 96 ff.

[49] S. 27.

die litis contestatio nach Cod. Theod. 2, 12, 7 auf denselben Zeitpunkt fällt wie nach Cod. Theod. 4, 14, 1, also auf die conventio, die Zustellung der Klagschrift.

Man wird also annehmen müssen, daß die litis contestatio damals grundsätzlich, und nicht nur in der Frage der Unterbrechung der Verjährung, auf den Zeitpunkt der Klagzustellung fiel. Hierfür spricht noch eine negative Tatsache, die nicht übersehen werden darf: Aus der Zeit zwischen 300 und 474[50] gibt es kein einziges Zeugnis, nach dem die litis contestatio zweifellos in die mündliche Verhandlung fiele[51]. Wir sind also nicht berechtigt, die Bedeutung der angeführten Quellen, nach denen die litis contestatio auf die Zustellung der Klagschrift fällt, nach irgendeiner Richtung einzuschränken.

4. Wie lange mag die Zustellung der Klagschrift den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmt haben? Daß sie noch im Jahre 452 diese Funktion hatte, läßt sich aus der in diesem Jahre erlassenen Nov. Valent. 35 (Brev. 12) schließen, deren § 13 lautet:

> Sane sicut non coeptam intra tricennium quamlibet causam vetuimus inchoari, ita quae contestatae litis sumpsit exordium, excepto privilegio pupillaris aetatis, quod divae memoriae patris nostri Theodosii lege concessum est, intra eadem tempora terminetur, nisi forte post vicesimum quintum annum ex eo, quo conpetere actio coeperat, contestata lis fuerit. Cui si is casus eveniat, emenso hoc tricennio, quod statutum est, aliud quinquennium prorogamus, intra quod debent negotia universa consumi, ne a malitiosis ingeniis calumniando legem priorem contestatis litibus aliud tricennium vindicetur. Abunde enim sufficit quinquennii adiectio, qua evoluta nulli penitus actioni copia tribuetur. Quae autem intra vicesimum quintum annum contestata lis fuerit, statuto tricennio modis omnibus consumatur.

[50] Vgl. unten S. 104.

[51] Über Cod. Theod. 4, 14, 1, 1 Satz 3 vgl. oben S. 99 f.

Die Verjährung der actio mota soll, so befiehlt die Novelle, nicht erst nach dreißigjährigem Ruhen des Prozesses, sondern bereits nach Ablauf der eadem tempora, des statutum tricennium, das sind die dreißig Jahre nach der actio nata, eintreten; nur wenn die litis contestatio mindestens 25 Jahre nach der actio nata erfolgt, tritt die Verjährung der actio mota erst 35 Jahre nach der actio nata ein[52].

Eine selbständige Bestimmung über den Zeitpunkt der litis contestatio enthält die Novelle nicht. Sie nimmt aber in ihrem ersten Satze auf Cod. Theod. 4, 14, 1 Bezug. Dies steht außer Zweifel für den mit excepto privilegio beginnenden Satzteil, der auf den § 2 der Konstitution verweist[53]. Dann kann aber bei der inhaltlichen Übereinstimmung zwischen den ersten Worten der Novellenstelle und pr. und § 1 der Konstitution Cod. Theod. 4, 14, 1[54] auch im übrigen die Beziehung der Novelle auf die Konstitution als sicher angenommen werden[55].

---

[52] Vgl. Kipp, Litisden., S. 259 f.

[53] Vgl. Haenel in seiner Ausg. des Breviars, S. 120 Note d zu Brev. 4, 12 (13) (= Cod. Theod. 4, 14) und S. 292 Note d, Mommsen-Meyer II, S. 146, Note zu Zeile 75.

[54] Vgl. oben S. 96 unter 2.

[55] Zweifel erwecken könnte das vetuimus (1. Person!) der Novelle, da in der inscriptio der Konstitution nur Theodosius (im Cod. Just. — 7, 39, 3 — unrichtig [vgl. Krüger a. h. l. Note 7] Honorius und Theodosius) nicht aber Valentinianus genannt ist. Daß dennoch Valentinian die Konstitution als auch von ihm erlassen behandeln durfte, ergibt die Tatsache, daß er neben Theodosius in der inscriptio der gleichzeitigen und an denselben Adressaten gerichteten Konstitution Cod. Theod. 2, 12, 7 (oben S. 101) auftritt. — Wenn er kurz danach dieselbe Konstitution nur als lex seines „Vaters" Theodosius bezeichnet, so ist das nicht bloße Bescheidenheit, sondern es entspricht dies auch seinem damaligen Verhältnis als Caesar zu seinem Vetter und nachmaligen Schwiegervater Theodosius als Augustus (vgl. die inscriptio zu 2, 12, 7). Augustus war Valentinian III. 424 noch nicht; er wurde es 425, im Alter von sechs Jahren. Vgl. Weber, Allg. Weltgeschichte, 2. Aufl. IV, Leipzig 1883, S. 635 und 657. — Verfehlt wäre es, wollte man das Perfectum vetuimus auf § 12 der Novelle beziehen, wo ich übrigens die Lesart praecepimus (vgl. Mommsen-Meyer II S. 145, Note zu Zeile 69) vorziehe: auch hier wird auf Cod. Theod. 4, 14, 1 Bezug genommen.

Die Novelle enthält also eine Abänderung der Vorschrift von Cod. Theod. 4, 14, 1 über die Verjährung der actio mota[56].

Die ersten Worte des § 13 der Novelle haben nur dann einen reinen Sinn, wenn das exordium contestatae litis mit der causa coepta, inchoata zusammenfällt. Andrerseits ergibt die Verwandtschaft zwischen Novelle und Konstitution, daß die causa coepta auf den Augenblick der conventio, der Zustellung der Klagschrift, fällt[57]. Denn erst mit der conventio ist das tricennium unterbrochen, also causa coepta.

Lis contestata und conventio sind demnach beide gleich causa coepta, also sind sie untereinander gleich. Also fällt die litis contestatio noch im Jahre 452 auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klagschrift.

Dagegen kann eine Konstitution von Zeno (474—491), Cod. Just. 12, 29, 3, dahin verstanden werden, daß die litis contestatio in der mündlichen Verhandlung liegt. In §§ 1a (1) und 2 heißt es: In subeundis autem cognitionalibus certaminibus, quotiens causa fuerit arbitro delegata, pro contestatione litis unum solidum et pro definitione ab arbitro recitanda alterum unum et nihil amplius dari decernimus. Quod si causa in iudicio tui culminis ab ipsa contestatione litis vel relatione iudicis aut appellatione interposita ventilatur . . . Es liegt nahe, diese Stelle dahin zu verstehen, daß die contestatio litis innerhalb der cognitionalia certamina, der mündlichen Verhandlung[58], liegt, und daß sie in iudicio tui culminis stattfindet.

Noch deutlicher läßt eine Konstitution von Justinus, Cod. Just. 7, 39, 7, vom Jahre 525, erkennen, daß für sie die litis contestatio nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klagschrift fällt. Die Konstitution sagt zunächst (pr.), daß die dreißigjährige Verjährung der actio hypothecaria unterbrochen

[56] Diese Novelle ist gemeint, wenn die Interpretatio zu Cod. Theod. 4, 14, 1 sagt: Haec lex, licet in reliquis rebus fuerit abrogata, und weiter unten: sicut et novella Valentiniani testatur (dazu Haenel, Note).

[57] Vgl. oben S. 96 ff.

[58] Vgl. Cod. Just. 7, 40, 1, 1e (dazu oben S. 100 Anm. 45 a. E.).

werde etiam per solam conventionem, worunter nur die Ladung, also bei normalem Prozeßverlauf[59] die Zustellung der Klagschrift, verstanden werden kann. Dann heißt es in § 5: Immo et illud procul dubio est, quod, si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis, si minus effluxit triginta vel quadraginta annis, et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta, cum litis contestationem imitatur ea detentio. Die detentio wird in ihrer Unterbrechungswirkung der litis contestatio gleichgesetzt und infolgedessen (cum) hoch über (multo magis, quam) die conventio gestellt. Es ist denn auch bereits von Savigny[60] und von Bruns[61] hervorgehoben worden, daß hier die conventio zur litis contestatio in Gegensatz gebracht wird. Die Zustellung der Klagschrift bezeichnet also jedenfalls im Jahre 525 nicht mehr den Zeitpunkt der litis contestatio.

Welcher Zeitpunkt des Prozesses aber jetzt für die litis contestatio maßgebend war, das lassen erst die berühmten Konstitutionen Cod. Just. 3, 1, 14, 4 (1) — anno 530 von Justinian erlassen — und 3, 9, 1 — von Justinian interpoliert[62] — erkennen: Der Zeitpunkt der litis contestatio liegt nunmehr in der mündlichen Verhandlung, post narrationem propositam et contradictionem obiectam; cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. Es kann nicht genug betont werden, daß erst nach diesen justinianischen Quellen[63] die litis contestatio zweifellos und mit aller Deutlichkeit in die mündliche

[59] Oben S. 95 Anm. 20.

[60] System V S. 317.

[61] Bruns-Sachau, syr.-röm. Rb. II, S. 232.

[62] Vgl. oben S. 5 Anm. 16. — Vorjustinianische Interpolationen sind bisher für den Codex meines Wissens noch nicht erwiesen.

[63] Justinianisch ist auch die in diesem Zusammenhange stets herangezogene Konstitution Cod. Just. 2, 58, 2 (pr.): ... in omnibus litibus ... non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant iusiurandum.

Verhandlung fällt[64]. Man wird nach dem Inhalt dieser Konstitutionen die eben besprochenen Erlasse von Zeno[65] und Justinus[66] auslegen und also sagen dürfen, daß wahrscheinlich schon für Zeno und Justinus die litis contestatio des ordentlichen Prozesses in die mündliche Verhandlung fiel. Zu einer weiteren Zurückdatierung dieses Rechtszustandes berechtigen uns die Quellen aber nicht. Zenos Regierung begann im Jahre 474[67]. Noch im Jahre 452 aber scheint die Zustellung der Klagschrift den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmt zu haben[68].

III. Es hat sich ergeben, daß in der ersten Hälfte des 4. Jahrhunderts[69] und von 419 bis über die Mitte des 5. Jahrhunderts hinaus[70] die Zustellung der Klagschrift den Zeitpunkt der (nachklassischen) litis contestatio zu bestimmen hatte[71]. Damit ist aber der Beweis erbracht, von dessen Gelingen die Beantwortung der Frage abhing, ob die litis contestatio der Summa Perusina als eine versteinerte nachklassische litis contestatio betrachtet werden darf[72]. Ich glaube, wir dürfen die Frage jetzt bejahen und sagen: die Summa Perusina versteht unter litis contestatio darum die Zustellung

[64] Dennoch tritt für Justinian die Unterbrechung der Verjährung mit der Zustellung der Klagschrift (Cod. Just. 7, 40, 3; dazu Savigny, System V, S. 317 f., Bruns-Sachau II, S. 232), im Notfalle schon mit deren Einreichung oder (im äußersten Notfalle) öffentlichen Ausstellung (Cod. Just. 7, 40, 2), die Litigiosität u. a. mit der Zustellung der Klagschrift (Nov. 112, c. 1) ein. Die Zustellung der Klagschrift wird aber in diesen Fällen nicht mehr mit der litis contestatio in Zusammenhang gebracht. Hier kann man von abgespalteten Wirkungen der litis contestatio sprechen.

[65] Oben S. 104.

[66] Oben S. 104 f.

[67] Cod. Just. 12, 29, 3 (vgl. oben S. 104) ist nicht datiert.

[68] Oben S. 104.

[69] Oben unter I dieses Paragraphen, S. 92.

[70] Oben unter II dieses Paragraphen, S. 92 ff.

[71] Es kann hier dahingestellt bleiben, ob man dies auch für die Zwischenzeit anzunehmen hat. Ich persönlich neige zu der Annahme, daß in der Zwischenzeit (um 400) die Einreichung der Klagschrift den Zeitpunkt der litis contestatio bestimmte. Vgl. oben § 6 und S. 93, Anm. 9 a. E.

[72] Vgl. oben S. 90 f. im Eingange dieses §.

der Klagschrift, weil die Zustellung einmal den Augenblick der der (nachklassischen) litis contestatio bestimmt hatte, und weil nach dem Untergange des Fiktionsgedankens[73] der Name litis contestatio an dem äußeren Vorgange der Klagzustellung haften geblieben war.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung durch folgende Beobachtung: Diejenigen Quellen, nach denen die litis contestatio in den Beginn der mündlichen Verhandlungen fällt[74], sind ausschließlich oströmischer Herkunft. Die älteste von ihnen[75] stammt frühestens aus dem Jahre 474, dem ersten Regierungsjahre Zenos, der sie erlassen hat[76]. Es äußert sich in diesen Quellen also eine Theorie über den Zeitpunkt der litis contestatio, die frühestens um die Mitte des 5. Jahrhunderts im Osten des Reiches ausgebildet worden zu sein scheint. Es liegt am nächsten, in der Rechtsschule von Beryt, „dem Zentrum der Jurisprudenz des 5. Jahrhunderts“[77], die Heimat und in den ἥρωες, der zweiten Gelehrtengeneration vor der Generation Justinians[78], die Schöpfer der neuen Theorie über den Zeitpunkt der litis contestatio zu vermuten.

Bei dieser Sachlage ist es aber aufs einfachste zu erklären, wie in Italien das Wort litis contestatio an der Zustellung der Klagschrift haften bleiben konnte: Die im Osten sich vollziehende Entstehung der neuen Theorie, nach welcher der Zeitpunkt der litis contestatio in die mündliche Verhandlung fiel, und ihre Umsetzung in die Praxis durch die kaiserliche Gesetzgebung des Ostreichs traten zu spät ein, um auf das zusammenbrechende Westreich noch von Einfluß sein zu können. Scheinen doch nach Marcian (455—457) keine Konstitutionen aus dem Osten nach dem Westen gekommen zu sein[79]. So gelangten auch die von

---

[73] Vgl. oben S. 5 ff.

[74] Oben S. 104 bis 106.

[75] Cod. Just. 12, 29, 3. Vgl. oben S. 104.

[76] Oben S. 104 und S. 106 Anm. 67.

[77] Peters, Die oström. Digestenkommentare, Sitzungsber. der Leipziger Ges. d. W., phil.-hist. Kl. LXV, 1, S. 104.

[78] Peters S. 68.

[79] Vgl. Kipp, Quellen, S. 91.

der neuen Theorie getragenen Konstitutionen Zenos und seiner Nachfolger in Italien nicht mehr zur Geltung. Die litis contestatio blieb an die Zustellung der Klagschrift geschmiedet, und darum versteht die Summa Perusina unter litis contestatio die Zustellung der Klagschrift.

Wie kann ich aber eine solche Behauptung wagen? Hat nicht Justinian seine Gesetze in Italien eingeführt?[80] Sind damit nicht auch die auf der neuen Theorie beruhenden Konstitutionen, insbesondere Cod. Just. 3, 9, 1, nach Italien gekommen? — Ganz gewiß sind diese Tatsachen unbestreitbar. Aber sie können nicht dazu dienen, die bisherigen Ergebnisse umzustoßen; sie sollen sie ergänzen: Was folgt daraus, daß trotz der grundsätzlichen Einführung der justinianischen Kodifikation in Italien dennoch in der Summa Perusina nicht die justinianische litis contestatio, sondern nur die Versteinerung einer älteren Erscheinungsform der nachklassischen litis contestatio enthalten ist? Nichts anderes, als daß jene Versteinerung bereits vor der Einführung der justinianischen Gesetzgebung, die vielleicht auf das Jahr 538 anzusetzen ist[81], zum Abschluß gekommen sein muß.

Jetzt wird es erst verständlich, wie die Summa Perusina in 3, 9, 1[82] so vollständig von dem Inhalt der Konstitution Cod. Just. 3, 9, 1[82] abweichen kann: Weil bereits zur Zeit der Einführung der Justinianischen Gesetzgebung in Italien der Fiktionsgedanke[83] erloschen war, und weil man infolgedessen unter litis contestatio den äußeren Vorgang der Zustellung der Klagschrift selbst verstand, war man nicht mehr imstande, den Zeitpunkt der litis contestatio, entsprechend den Gesetzen Justinians, in die mündliche Verhandlung zu verlegen. Wie

[80] Brunner, RG. I², S. 529.

[81] Vgl. Bethmann-Hollweg V, S. 310 f. Anm. 4; auch Conrat, Gesch., S. 46 bei Anm. 5; Kipp, Quellen, S. 158; Gaudenzi, Sui rapporti tra l'Italia e l'impero d'oriente fra gli anni 476 e 554 D. C. (Bologna 1888), S. 168 ff., insbesondere S. 172 oben, hält es für möglich, daß die justinianische Gesetzgebung bereits 535 in Italien eingeführt worden sei, bis 539 oder 540 aber toter Buchstabe geblieben sei.

[82] Vgl. oben S. 80 unter c β.

[83] Oben S. 5 ff.

sollte auch wohl die Zustellung der Klagschrift im Beginn der mündlichen Verhandlung stattfinden können? Es waren also auch die gehorsamsten Untertanen in Italien außerstande, jene Vorschrift der kaiserlichen Gesetze zu erfüllen. Darum blieb in Italien der Name litis contestatio an der Zustellung der Klagschrift haften, als Bezeichnung lediglich dieses äußeren Vorganges als solchen. So wird uns die Summa Perusina zu einem Zeugnis für vorjustinianisches Recht.

Mit 538[84], spätestens 554, dem Jahre des Erlasses der Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii[85], ist der terminus ante quem für die Versteinerung der litis contestatio in Italien gegeben. Eine genauere Zeitbestimmung ist nicht mit Sicherheit zu geben. Bedenkt man aber, daß der nachklassische Fiktionsgedanke[86] der Pflege durch die Wissenschaft bedurfte, so wird man zu dem Schlusse kommen, daß die nachklassische litis contestatio in Italien nur so lange lebendig bleiben konnte, als es eine Wissenschaft gab, die sie pflegte. Die Quellen zeigen, daß schon in der ersten Hälfte des fünften Jahrhunderts die Rechtswissenschaft in Italien infolge der Kriegszüge der Barbaren schwere Erschütterungen zu erleiden hatte[87], daß dann aber im Jahre 454 noch einmal eine kleine Aufwärts-

[84] Oder 535—540; vgl. oben S. 108 Anm. 81.

[85] Vgl. Kipp, Quellen, S. 158.

[86] Vgl. oben S. 5.

[87] Vgl. Nov. Valent. 32 (a. 451) § 6: . . . Notum est post fatalem hostium ruinam, qua Italia laboravit, in quibusdam regionibus et causidicos et iudices defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime repperiri. Nam haec necessitas fecit perpetuitatem dari provincialibus advocatis. Dieser letzte Satz bestimmte für den Westen dasselbe, was für den Orient bereits die Nov. Theod. 10, 2 (a. 439) verordnet hatte: Die Beseitigung der Dienstaltersgrenze der advocati: diese sollten von nun an nicht mehr gezwungen sein, sich nach 20 Jahren zurückzuziehen, sondern durften ohne gesetzliche Zeitgrenze weiter tätig sein (Bethmann-Hollweg III, S. 165 Anm. 36). Der Sinn der Verordnung ist aber folgender: Da infolge der Einfälle der Barbaren in manchen Gebieten Italiens taugliche Rechtsbeistände und Richter fast ganz verschwunden sind, muß den advocati in den Provinzen die perpetuitas verliehen werden.

bewegung zu bemerken war[88]. Von langer Dauer kann dieser hoffnungsvollere Zustand nicht gewesen sein. Denn schon 455 erfolgte die Plünderung Roms durch die Vandalen, gewissermaßen die Einleitung der großen Katastrophe, in der das Westreich unterging. Daß in der Zeit des Zusammenbruchs des Westreichs auch die Rechtswissenschaft den schwersten Schaden leiden mußte, liegt auf der Hand. Es ist also wohl am wahrscheinlichsten, daß gerade in dieser Zeit das Verständnis für die nachklassische litis contestatio verloren gegangen ist.

Die Versteinerung der nachklassischen litis contestatio trat also in Italien vor 538 (554), und zwar wahrscheinlich zur Zeit des Unterganges des Westreichs ein[89]. Eine Unterstützung findet diese Annahme in der Tatsache, daß in den ostgotischen Quellen selbst die Worte litis contestatio und litem contestari nicht mehr enthalten sind[90].

§ 10. Das Verschwinden auch der Worte litis contestatio und litem contestari.

Die Summa Perusina bezeugt den Untergang der Idee der litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses[1], sie kennt die litis contestatio nur noch in einer Versteinerung[2]. Die Worte litis contestatio und litem contestari aber sind in der Summa Perusina noch lebendig[3].

---

[88] Nov. Valent. 2, 4 (a. 454): . . . Dudum laxata lex exceptis inlustribus foris ceteris ac provincialibus perpetuitatem concesserat actionis. Sed nunc adcrescente pube et litterariae indolis iuventute aditi exoratique sumus, ne sub aliorum perpetuitate succedentium studiorum fervor evanescat. Die Hauptstelle der Novelle ist leider nicht überliefert. Es läßt sich aber vermuten, daß die zwanzigjährige Frist (vgl. vor. Anm.) wieder hergestellt wurde. Man darf daher mit Conrat (Mélanges Fitting I, Montpellier 1907, S. 310) in der Novelle „einen starken Zudrang zur Advokatur" bezeugt finden. Vielleicht ist diese Erscheinung das Symptom einer letzten Belebung der Rechtswissenschaft unter den Kaisern des Westreichs.

[89] Vgl. dazu oben § 6 a. E.

[90] Vgl. unten § 10 unter I 1, S. 111 f.

[1] Oben § 8.

[2] Oben § 9.

[3] Oben S. 84 a. E.

Daß aber diese Worte zur Zeit der Entstehung der Perusinischen Summen[4] in weiteren Kreisen bekannt und in Gebrauch waren, wird man nicht annehmen dürfen. Sie waren vielmehr aus der Sprache der Gesetzgebung und der Praxis damals schon längst verschwunden, und auch die Theorie, soweit es eine solche gab, sollte sie bald vergessen.

I. Gesetzgebung und Praxis.

1. Ostgotische Quellen.

a) Im ganzen Edictum Theoderici[5] kommt kein einziges Mal litis contestatio oder litem contestari vor. Dort, wo man am ersten ein Vorkommen dieser Worte erwarten müßte, erscheinen sie nicht: c. 12 ersetzt die Worte causa coepta, inchoata der Nov. Valent. 35[6], welche diese Worte mit lis contestata gleichsetzt[7], durch den Ausdruck mota lis, c. 43 verbietet, die rem in lite positam einem potens zu übertragen; c. 74 spricht von litem commovere. Besonders zu beachten sind diejenigen beiden Kapitel des Edikts, die von der Ladung handeln. Ist doch nach den oben[8] angestellten Beobachtungen anzunehmen, daß das Wort litis contestatio sich zur Zeit der Ostgotenherrschaft in Italien auf die Zustellung der Klagschrift, vermutlich bereits lediglich auf diesen äußeren Vorgang, bezog. Es wäre also nicht unmöglich gewesen, daß das Edikt die Ladung als litis contestatio bezeichnete. Das Edikt spricht aber nur von convenire[9]. Der Ausdruck litis contestatio wird anscheinend lieber vermieden.

---

[4] Das ist wahrscheinlich die zweite Hälfte des siebenten Jahrhunderts. Vgl. oben S. 70 Anm. 2 und 5.

[5] Zwischen 493 und 507 für Römer und Germanen erlassen. Brunner, RG. I², S. 525 ff. — Ausg. von Bluhme, MG. LL. V, S. 145 ff.

[6] Oben S. 102 f. — Vgl. Bluhme, MG. LL. V., S. 153, Note zu c. 12.

[7] Oben S. 104.

[8] §§ 8 und 9.

[9] Ed. Theod. c. 11: Quod si possessor pulsatus legibus, non reddiderit rem petitam, et sub cognitionis eventu adversus eum legibus fuerit lata sententia, a die qua per auctoritatem (vgl. oben S. 88 Anm. 92) conventus est et dedit responsum (d. i. nicht die Antwort auf das

Auch die Benutzung der Interpretationsliteratur bei der Abfassung des Edikts[10] spricht nicht zugunsten eines Weiterlebens der nachklassischen litis contestatio. Beruht doch auf dieser Interpretationsliteratur auch die Interpretatio des Breviars[11], in welcher die nachklassische litis contestatio nicht mehr lebendig ist[12].

b) Ebenso kommen bei Cassiodor[13] (ca. 480—575[14]), soweit ich sehe, die Worte litis contestatio und litem contestari nicht vor. Er bedient sich, dem Sprachgebrauch des Edikts[15] entsprechend, des Wortes conventio für Ladung[16].

Die Tatsache, daß selbst die Worte litis contestatio und litem contestari in den ostgotischen Quellen nicht enthalten sind, spricht zugunsten der oben[17] geäußerten Vermutung, daß das Verschwinden der Idee der litis contestatio, die Versteinerung, bereits zur Zeit des Untergangs des Westreichs eingetreten sein dürfte.

Klagvorbringen im Gericht, sondern die Antwort auf die Ladung bei deren Ausrichtung; Beweis: 1. die Worte a die qua . . .; die Antwort erfolgt also am Tage der Ladung; 2. c. 145; vgl. unten), expensas litis vel sumptus victus exsolvat . . . — c. 145: Si quis barbarorum tertio competentis iudicis auctoritate conventus, et edictis sollemniter inclamatus, ad iudicem, cuius praeceptione conventus est, venire neglexerit, . . . sententiam excipiet contumaciae, adeo ut iudicetur, de quo conventus est, perdidisse negotium: dummodo tertio quemlibet capillatorum (capillatus ist der Wehrhafte; vgl. Sohm, Reichs- und Gerichtsverf., S. 548 f., Brunner, RG. I², S. 104; der cap. entspricht dem langob. harimannus) fuisse conventum, aut cautionis ab eodem emissae fides ostendat, aut ingenuorum vel honestorum testium dicta confirment, quibus manifeste clareat, auctoritate pulsatum, contempsisse dare responsum, nec voluisse ad iudicium convenire.

[10] Brunner, RG. I², S. 527.

[11] Brunner a. a. O. und S. 513 f.

[12] Oben § 3.

[13] Variae., Ausg. von Mommsen: MG. auctores antiquissimi XII.

[14] Vgl. Kipp, Quellen, S. 151.

[15] Vgl. oben S. 111 f. Anm. 9.

[16] IX, 14, 4 (S. 278): Praeterea conventionibus se gravari omnimodis ingemiscunt, ut ad iudicium deducendi paene tanta videantur amittere, quanta vix probantur addicti dispendia sustinere . . . eod. 5; vgl. oben S. 88 Anm. 92 a. E.

[17] S. 110.

2. In den langobardischen Quellen kommen die Worte litis contestatio und litem contestari nicht vor. Contestatio wird im Sinne von „Mahnung" gebraucht. Vgl. Roth. 246[18] und 272[19]; Sicardi Pactio 16[20]. Ebenso verwendet noch die Formel des Liber Papiensis zu Roth. 246 contestari für „mahnen".

Ich kenne endlich keine einzige Gerichtsurkunde aus der langobardischen und der folgenden Zeit, welche den Schluß auf ein Weiterleben unserer Worte im Langobardenreiche zuließe[21].

3. Selbst in Rom, der mutmaßlichen Heimat der Summa Perusina[22], scheint schon vor der Abfassung der in diesem Werke vereinigten Summen, in denen die Worte litem contestari und litis contestatio noch lebendig sind[23], die praktische Rechtssprache diese beiden Worte nicht mehr gekannt zu haben. Denn in den Briefen Gregors d. Gr.[24] (590—604) kommt meines Wissens weder litis contestatio noch litem contestari vor[25].

---

[18] Si quis ante contestationem pigneraberit. Si quis alium pro quolibet debitum aut causam pignerare praesumpserit, antequam tertium eum pulsaverit, pignus quod ante contestationem tulerit, sibi nonum reformet in potestatem domini. Die contestatio ist das dreimalige appellare des c. 245. — Roth 246 = Lombarda II, 21, 2. (Vgl. MG.LL. IV, S. 630). Auch die Lomb. hat hier nur contestationem, nicht litis cont. (vgl. die editio princeps des Boherii, Lyon 1512, Fol. LXI und die Ausg. mit den Glossen des Carolus de Tocco, Venetiis MDXXXVII, Fol. 140b). Du Cange (unter contestatio 1) scheint dagegen bei Lomb. cit. an litis contestatio zu denken!

[19] Si in ecclesiam aut in domum sacerdotis mancipius cuiuscumque confugium fecerit, et episcopus aut sacerdos qui in loco praeest, eum reddere in gratia post tertiam contestationem dilataverit . . .

[20] MG.LL. IV, S. 221.

[21] So auch Bethmann-Hollweg V, S. 405 bei Anm. 19.

[22] Oben S. 70 bei Anm. 4.

[23] Oben S. 84 f.

[24] Vgl. Conrat, Gesch., S. 8 f.; Ausg.: MG. Epp. I und II.

[25] Vgl. den Index rerum in MG. Epp. II, S. 515 ff. unter contestari (= obsecrare), contestatio, litigare, litigium. Contestatio kommt in VII, 42 (Bd. I, S. 490 Zeile 18 und 21) vor und bedeutet hier eine (öffentlich ausgestellte) Schrift: Quidam maligni spiritus consilio repletus contra Castorium notarium ac responsalem nostrum nocturno

Daher schweigen auch die Gerichtsurkunden von der litis contestatio. Zwar glaubt Fitting[26], unter dem Beifall von Ficker[27], daß in zwei Gerichtsurkunden aus Rom (a. 942 und 966)[28] die römische litis contestatio bezeugt sei. In keiner von beiden Urkunden ist das Wort litis contestatio enthalten[29]. Die litis contestatio liegt aber nach Fitting „unzweifelhaft" in den Parteierklärungen:

„Fiat vestra misericordia, quia iste abbas cum suis monachis fecit nobis virtutem" — „Certe, non est verum", und:

„Domini, fiat Dei et vestram misericordiam, quia ista terra . . . Imperium fecit michi virtutem." — „Non permittat Deus, ut de ista terra virtutem tibi fecissem aut facere iussissem."

Die Urkunden sind, obwohl in Rom verfaßt, rein germanischen Charakters. Fitting[30] glaubt zwar, man könne „keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß man hier römisches und nicht germanisches, insbesondere langobardisches Verfahren vor sich hat". Aber es genügt wohl der Hinweis auf das Urteil der ersten Urkunde (Tunc dixerunt iudices: Data guadia utrosque, ut tertia die post s. Marie si aduxeritis charte cum vestris consortibus) mit der nachfolgenden refutatio, „quia . . . neque charta abemus", und auf die refutatio per fustem der zweiten Urkunde, um den deutschrechtlichen Charakter beider Zeugnisse über jeden Zweifel zu erheben.

---

silentio in civitatis loco contestationem posuit in eius crimine loquentem mihique etiam de facienda pace callide contradicentem . . .

[26] Über die sogenannte Turiner Institutionenglosse und den sogenannten Brachylogus, Halle 1870, S. 81 ff. Anm. 42.

[27] Über die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus iuris civilis, Wien 1871, S. 35 a. E.

[28] Abgedruckt bei Giesebrecht, Gesch. der deutschen Kaiserzeit, 4. Aufl., 1873, I, S. 878 f. und 882 f. (Hübner, Gerichtsurkunden Nr. 883 und 953).

[29] Vgl. Bethmann-Hollweg V, S. 405 Anm. 19. Dennoch glaubt B.-H. an ein Weiterleben der litis cont. der Sache nach: vgl. unten § 11 Anm. 54.

[30] S. 83 Anm.

Die von Fitting als litis contestatio aufgefaßten Parteierklärungen haben daher auch nichts spezifisch Römisches an sich. Derartige Erklärungen kommen sehr häufig in den deutschrechtlichen Quellen vor. Daß die Parteien im germanischen Gericht „in unmittelbarer gegenseitiger Wechselrede“ [31] verhandeln, ist so bekannt, daß es genügen dürfte, wenn ich aus drei langobardischen Urkunden Beispiele für Klage und Antwort bringe, die in einem ähnlichen Stile gehalten sind, wie die angeführten Parteireden in den Urkunden aus Rom:

Ficker IV, Nr. 3 (Pisa, a. 796; Hübner Nr. 665): „Pro quas re personas vestras queritis subtrahere de servitio sancte Marie? quia quidem Anscausulu genitor vestrorum servo fuit sancte Marie domoi episcopalis Pisana.“ — „Non faciat deus, quod genitor noster servus fuisset sancte Marie . . .“

eod. Nr. 5 (Spoleto a. 801 [nach Ficker a. a. O. a. 800]; Hübner Nr. 674): Quia tu Agerisius contra legem et malo ordine contra auctoritatem introisti et possedisti res monasterii . . .“ — „Non faciat deus, quod ego contra legem in res ipsas introissem . . .“

eod. Nr. 6 (Gebiet von Verona a. 806; Hübner Nr. 678): „Quod istae res, quas detines . . . ad partem s. Zenonis possessae sunt per praeceptum Desiderii regis usque in illum diem, quem Vulvelmus comes nos de ipsis rebus per fortiam expulit . . .“ — „Non est veritas, quod dicis . . .“

Diese Fälle von Klage und Antwort könnten mit demselben Rechte als litis contestatio bezeichnet werden, wie die entsprechenden Erklärungen in den römischen Urkunden. Es wird sich auch nichts dagegen sagen lassen, wenn man Klage und Antwort dieser Urkunden mit der narratio und contradictio in Cod. Just. 3, 1, 14, 4 [32] vergleichen und sagen wollte: Nach justinianischem Recht müßte der Augenblick nach Klage

[31] Brunner, RG. II, S. 342. — Vgl. auch Halban, Das röm. Recht in den germ. Volksstaaten II, S. 173, der aber viel zu weit geht, wenn er die „unmittelbare Wechselrede der Parteien“ geradezu als „unrömisch“ bezeichnet.

[32] Vgl. oben S. 105.

und Antwort als Zeitpunkt der litis contestatio betrachtet werden: Es handelt sich hier aber nicht um die abstrakt-systematische Frage, ob sich die Idee der litis contestatio im nachklassischen Sinne mit Klage und Antwort verbinden läßt, sondern um die konkret-historische Frage, ob diese Idee damals, als jene Urkunden geschrieben wurden, mit Klage und Antwort tatsächlich verbunden wurde. Jede Andeutung dahin, daß diese Frage zu bejahen wäre, fehlt in den Urkunden. Daß sie mit Bestimmtheit zu verneinen ist, ergibt die Tatsache, daß schon die lange vor jenen römischen Urkunden höchstwahrscheinlich gerade in Rom entstandenen[33] Summen der Summa Perusina nicht nur das Verschwinden der Idee der litis contestatio im nachklassischen Sinne bezeugen, sondern auch erkennen lassen, daß man im frühen Mittelalter in Rom das Wort litis contestatio, wenn man es überhaupt gebrauchte, auf die Zustellung der Klagschrift bezog[34], daß man also bei Klage und Antwort in Rom niemals[35] an die litis contestatio gedacht hat[36].

II. Die Theorie, soweit man von einer solchen zu jener Zeit reden darf, folgte der Praxis. Auch sie vergaß die Worte litis contestatio und litem contestari. Das beweisen die „jüngeren Summen zur Epitome Juliani“[37]. Conrat[38] versetzt die Summen in das Zeitalter, dem auch die Summa Perusina angehört. Die im Folgenden darzustellenden Tatsachen sprechen dafür, daß die Summen etwas jünger sind als die Summa Perusina, also etwa ins achte Jahrhundert fallen dürften. Entstehungsort der Summen ist vermutlich, ebenso wie bei der Summa Perusina, das Gebiet von Rom[39]. Es lassen sich folgende Tatsachen beobachten:

[33] Vgl. oben S. 70 bei Anm. 4.

[34] Oben S. 89 f.

[35] Bis über das Jahr 1000 hinaus. Vgl. unten 2. Kap.

[36] Vgl. oben S. 108 ff.

[37] Vgl. Conrat, Gesch., S. 202 f. — Ausg. bei Haenel, Juliani Epitome (Lipsiae MDCCCLXXIII) S. 208 ff. unter dem Titel: Summaria Capitum Codicibus Vindobonensi et Haenelii I. adscripta.

[38] S. 203. Ihm folgt Patetta, Praefatio, S. XLVII Anm. 5.

[39] Vgl. Conrat S. 203 Anm. 4; Patetta, Praef., S. XLVII a. E.

1. Die Summen gebrauchen kein einziges Mal das Wort litis contestatio oder litem contestari.

2. Die Summe 247 verwendet contestare unter Abweichung vom Wortlaut der Epitome Juliani (CCXLVII) im Sinne von admonere, in ähnlichem Sinne tritt unter Anlehnung an die Epitome contestatio und contestari in den Summen 391 und 392 auf. In allen diesen Fällen wird an nichts weniger als an die litis contestatio gedacht.

3. Überall, wo litis contestatio oder litem contestari in der Epitome vorkommt, fehlt dieses Wort in den Summen[40]. Diese Tatsache kann nur als Ausdruck des Bestrebens, das unverständlich gewordene Wort zu beseitigen, verstanden werden.

So wird an einigen Stellen[41] die indifferente Wendung lis, causa incoata verwandt[42].

Summe 338 sagt agat statt contestationem litis apud iudicem facturus sit, wie es in der Epitome heißt. Daß dem Verfasser der Summe der alte Sprachgebrauch, nach dem agere auch auf die litis contestatio bezogen werden konnte[43], geläufig war, wird niemand behaupten wollen. Für ihn ist agere nur eine Verlegenheitswendung.

Wenn ferner Summe 339 die Worte der Epitome: ante litis contestationem durch: ante cautionem ersetzt, so braucht man sich nicht den Kopf darüber zu zerbrechen, an welche cautio der Verfasser gedacht hat[44]: klar ist jedenfalls, daß die nachklassische litis contestatio hier nicht mehr lebt.

---

[40] Vgl. die Summen 184, 185, 291, 298, 299, 338, 339 und 468 mit den entsprechenden Kapiteln der Epitome.

[41] 185, 299, 468.

[42] Ähnlich wie in der Summa Perusina an den oben S. 78 unter a erwähnten Stellen.

[43] Gaius IV, 106 ff.

[44] Wenn es die in Epit. CCCXXXVIII erwähnte cautio sein sollte, so müßte der Verfasser übersehen haben, daß diese cautio gerade für die spätere Vornahme der lit. cont. gestellt wird. Ist an CLXXXIV zu denken? Aber auch hier ist deutlich genug gesagt, daß die Sicherheitsleistung der litis contestatio vorangeht. In CCXCI ist Barzahlung, keine cautio verordnet.

Summe 184 unterschlägt gar die von der litis contestatio handelnde Stelle des Kapitels der Epitome. Wenn die Summe sagt: Acceptum genus actionis[45] post XXX[46] dies reddat responsum, so ist das reddat responsum nur das sinngemäße Gegenstück zu dem nach der Epitome innerhalb von 20 Tagen nach der Ladung gestatteten recusare iudicem, nicht aber darf es mit der später folgenden Wendung der Epitome: Cum autem litis contestatio fiet, in Zusammenhang gebracht werden.

Ebenso ist in der Summe 291 die litis contestatio der Epitome unterdrückt:

Epitome Juliani CCXCI lautet:

> Unusquisque iudex ab utraque parte binos solidos in litis contestatione accipiat, et binos in termino litis, nisi forte litigium motum intra centum solidos sit. Si enim intra centum solidos fuerit, nihil accipiat. Habeant autem singuli iudices ex his octo, quos constituimus, binas libras auri de publico a mensa praefecti praetorio, omnibus autem personis privilegia in sumptibus litium praestita maneant inconcussa.

Die Summe dazu aber besagt[47]:

> Privatus iudex si causam audit supra centum solidos quaternos solidos per partes accipiat; intra centum solidos nihil accipiat, sed de publico duas libras accipiat.

Die Summe ist also nicht imstande, die von der Epitome unterschiedenen zweimal zwei solidi auseinanderzuhalten. Sie spricht nur von vier solidi. Der Grund liegt auf der Hand: die Summa weiß mit der litis contestatio nichts anzufangen[48].

Dasselbe Bild bietet Summe 298: Die Epitome befiehlt die Beendigung von Strafprozessen gegen Geistliche innerhalb

---

[45] Diese Worte sind im Sinne eines Ablativus absolutus zu verstehen.

[46] Lies: XX.

[47] Haenel a. a. O. S. 214.

[48] Irrig wäre es, das iudex si causam audit für einen Beweis dafür zu halten, daß der Verfasser an die justinianische litis contestatio denkt: Von den Worten von Cod. 3, 9, 1 fehlt das wichtigste: coeperit. — Causam audire bezeichnet in den Summen überhaupt die ganze richterliche Tätigkeit: vgl. 247, 253, 463.

von zwei Monaten, gerechnet vom Augenblicke der litis contestatio. Die Summe läßt die litis contestatio fort und sagt kurz: Criminalis causa in publico intra duos menses dicatur.

Endlich darf nicht übersehen werden, daß zu den Kapiteln CXCVII und CCCLXIX der Epitome überhaupt keine Summen vorhanden sind. Gerade in diesen beiden Kapiteln aber ist es deutlich zu erkennen, daß die litis contestatio der Epitome, wie es bei deren Herkunft aus dem justinianischen Recht gar nicht anders sein kann, in die mündliche Verhandlung fällt:

CXCVII: Si quis ex magistratibus constantinopolitanae civitatis causam audierit, non audeat post litis contestationem ex toto eam derelinquere, nec consiliarii eius sententiam definitivam per semet ipsos proferre, sed litis quidem contestatio modis omnibus apud ipsos magistratus fiat, et ultima cognitio, postquam alias allegationes litigatores asserere nolint: sententia quoque definitiva ab ipsis magistratibus proferatur. . . . Haec autem dicimus de magistratibus imperialis urbis, qui diversis occupationibus fatigati totas cognitiones litigatorum (lies: litigiorum) suscipere non possunt, sed solam litis contestationem et ultimam cognitionem audire coguntur, et sententiam definitivam dicere . . . Alii autem iudices . . . omnes litigatorum (lies: litigiorum[49]) partes audiant . . .

Die litis contestatio der Epitome wird also vom Richter gehört! Es ist deutlich, daß die Epitome die justinianische litis contestatio[50] im Auge hat.

Im Kapitel CCCLXIX der Epitome aber wird die litis contestatio zur sola admonitio et precum intimatio atque manifestatio . . . tantum in klaren Gegensatz gestellt[51].

Nur vom Boden der justinianischen litis contestatio

---

[49] Vgl. Haenel, Jul. Epit., Variae lect., S. 199*, Note ** hierzu.

[50] Vgl. oben S. 105 a. E.

[51] Haec, si litis contestatio facta est. — Sin autem sola admonitio et precum intimatio atque manifestatio facta est tantum . . .

aus können diese beiden Stellen der Epitome verstanden werden. Das Schweigen der Summen über beide Kapitel zeigt also aufs deutlichste, daß jedenfalls für die justinianische litis contestatio bei dem Verfasser der Summen gar kein Verständnis vorhanden war.

Die Verwendung von lis, causa incoata[52] läßt ebenso wie die eben besprochene Summe 298, immerhin noch erkennen, daß der Verfasser der Summen die litis contestatio irgendwo in den Beginn eines Rechtsstreits versetzt. Diese Tatsache in Verbindung mit seiner Verständnislosigkeit für die justinianische litis contestatio läßt vielleicht darauf schließen, daß in dem Verfasser die litis contestatio der Summa Perusina[53], mit der die Summen eine gewisse Verwandtschaft zeigen[54], nachwirkte. Der Verfasser mag also bei dem Worte litis contestatio noch an die Zustellung der Klagschrift[55] gedacht haben. Klar erkennbar wird diese Tatsache allerdings nirgends.

Wie aber auch der Verfasser der Summen selbst über die litis contestatio gedacht haben mag, — sicher ist, daß er durch die Unterdrückung des Wortes litis contestatio dazu beigetragen hat, späteren Geschlechtern das Wort nur noch mehr zu entfremden. Daß diese Entfremdung zur Zeit der Abfassung der Summen schon weit fortgeschritten war, ergibt sich aus der Tatsache der Unterdrückung: der besser Unterrichtete tritt den Rückzug vor der ungebildeten Menge an.

Aus diesen Gründen glaube ich für mindestens die beiden letzten Jahrhunderte des ersten Jahrtausends ein völliges Fehlen auch der Worte litis contestatio und litem contestari in der lebendigen Rechtssprache der Italiener annehmen zu müssen.

Wenn dennoch in der zwischen 883 und 897 wahrscheinlich in der Lombardei entstandenen[56] Collectio Anselmo de-

[52] Oben S. 117 Anm. 42.

[53] Vgl. oben S. 84 ff., insbes. S. 90.

[54] Conrat, Gesch., S. 202 Anm. 10; Patetta, Praef., S. XLVII.

[55] Denn das heißt litis contestatio in der Summa Perusina; vgl. oben S. 89 f.

[56] Conrat S. 215.

dicta[57] die litis contestatio[58] gelegentlich[59] erscheint, so erklärt sich diese Tatsache höchst einfach, sobald man die fast wörtliche Übereinstimmung dieser Stellen mit Kapiteln der Epitome Juliani[60] bemerkt: Es kann sich nach den bisher gewonnenen Ergebnissen nur um völlig verständnisloses Abschreiben der Vorlage handeln. Hat es der Verfasser gemerkt, daß er cap. CCXCVIII der „Novella" (Epitome Juliani) zweimal abgeschrieben hat?[61]

Die unmittelbare Vorlage aber, die der Verfasser der Collectio benutzte, war nicht eine Handschrift der Epitome Juliani selbst, sondern die Lex Romana canonice compta[62]. Wenn also noch die Collectio mit der Epitome übereinstimmt, so darf ich auch ohne Kenntnis der einzigen Handschrift[63] der Lex Romana canonice compta behaupten, daß an den entsprechenden Stellen[64] dieser Lex Romana die litis contestatio erscheint, zumal da in Conrats systematisch geordneter Übersetzung der Lex Romana canonice compta[65] das Wort „Litiskontestation" gebraucht wird. Weiter aber ergibt die Übereinstimmung des ganzen Textes jener Rubriken der Collectio mit den Kapiteln der Epitome, daß auch die Lex Romana nur Abschriften von Kapiteln der Epitome enthält. Die Lex Romana bringt nur eine „reine Reproduktion der dem Sammler vorliegenden Handschriften mit Texten, welche

[57] Dazu Conrat S. 212 ff.; Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 139. — Benutzt ist die Handschrift der Leipziger Universitätsbibliothek — Cod. Ms. Haenel 32, ehemals 3529 —, eine von Maier unter Beihilfe von Schrader angefertigte Abschrift des Bamberger Codex.

[58] Bzw. lites contestate.

[59] Pars tertia, Rubr. CCL und CCLI, pars quinta, Rubr. CXCII (= pars tertia CCL) und pars septima, capitula legis Romanae, Rubr. LXXXI.

[60] CCXCVIII, CCXCIX, CCXCI.

[61] Vgl. oben Anm. 59.

[62] Conrat, Gesch., S. 213; Friedberg a. a. O.

[63] Vgl. Conrat, Gesch., S. 205.

[64] Nach Conrat, Lex Rom. c. c., S. IV ff. sind es die Kapitel 60, 61 und 257; wohl auch Kapitel 32; vgl. Conrat a. a. O. und S. 100 mit Epit. Jul. CCCCLXVIII.

[65] S. 4 unter II, 2 a, S. 102 unter 2 a α.

der älteren Überlieferung durchaus verwandt sind“[66]. Mag also auch die Lex Romana canonice compta im 9. Jahrhundert entstanden sein[67], so darf doch das Vorkommen der litis contestatio in ihren Texten nur auf verständnisloses Abschreiben zurückgeführt werden.

Es erübrigt noch eine Betrachtung der Pistojeser Glosse zur Epitome Codicis[68]. Drei Glossen kommen in Frage:

1. Das Scholion Nr. 926[69], eine noch von dem ersten Schreiber der aus dem 10. Jahrhundert stammenden Handschrift[70] hinzugefügte Ergänzung[71]. Es gehört zu Cod. Just. 3, 32, 26. Konstitution und Scholion lauten:

Cod.	Scholion.
Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.	Nota. mora litis .. post contestationem. non (?) po...ts.....p..d..e (prodesse?) non potest.

Die Vergleichung des Scholions mit der Konstitution ergibt, daß das Scholion die Worte mora litis dem Anfange der Konstitution entnimmt, daß also das Wort litis im Scholion nicht zu contestationem gehört. Diese Glosse kann also nur als Beleg für das Verschwinden des Wortes litis contestatio dienen.

2. Das Scholion Nr. 14[72]:

Nota. procuratoribus post contestatam litem dominis effectis. nonposse dominum negotium persequi, rührt

---

[66] Conrat, Gesch., S. 207 bei Anm. 1.

[67] Über die Frage vgl. Conrat, Gesch., S. 209.

[68] Vgl. Conrat, Gesch., S. 168 ff.; Ausg. von Chiappelli, La glossa Pistojese al codice Giustinianeo, Torino 1885 (Chiapp. 1), Nachträge dazu in Z.[2] f. RG. VIII, Rom. Abt., S. 86 ff. (Chiapp. 2).

[69] Chiapp. 2, S. 88.

[70] Conrat, Gesch., S. 169 Anm. 2.

[71] Chiapp. 2, S. 87 f., 90 f.

[72] Chiapp. 1, S. 32.

nach Chiappelli[73] von dem ersten Schreiber des Pistojeser Codex her und gehört auch zu dem ursprünglichen Texte und nicht zu den später, zum Teil bereits vom ersten Schreiber eingefügten Konstitutionen[74]. Es ist also vielleicht möglich, daß diese Glosse zum Grundstock gehört, der nach Conrat[75] aus dem justinianischen Zeitalter stammt. Aber auch für diesen Fall müßte man auf Grund der oben[76] gewonnenen Ergebnisse annehmen, daß der Verfasser dieser Glosse jedenfalls nicht mehr die Idee der litis contestatio im nachklassischen Sinne mit dem Worte verbunden hat. Ist die Glosse dagegen erst später entstanden, so darf sie dennoch nicht als ein Zeugnis für das Weiterleben wenigstens des Wortes lis contestata verwendet werden. Dann kann es sich, zumal die Glosse in der Hauptsache nur eine Kürzung der Kodexstelle ist, zu der sie gehört[77], nach den bisher gewonnenen Ergebnissen[78] nur um ein verständnisloses Abschreiben eines nicht mehr lebendigen Wortes handeln.

3. Ebenso ist das aus dem 11. Jahrhundert stammende[79] Scholion Nr. 52[80]:

Nota. Post litis contestationem nemo socius partem suam vendere cuilibet potest, zu verstehen[81], wenn seine Entstehung nicht etwa in die Zeit nach dem Wiederauftreten der litis contestatio (zweite Hälfte des 11. Jahrhunderts) zu versetzen ist.

Keinesfalls läßt sich mit Hilfe dieser Glossen im Gegensatz zu den bisher gewonnenen Ergebnissen ein Weiterleben auch nur der Worte litis contestatio und litem contestari beweisen[82].

---

[73] Chiapp. 2, S. 91.

[74] Vgl. Chiapp. 2, S. 87 und 90.

[75] Gesch., S. 172.

[76] §§ 8 und 9.

[77] Cod. Just. 2, 12, 22. Vgl. oben S. 76 Anm. 34.

[78] Vgl. insbes. S. 120 ff.

[79] Chiapp. 2, S. 91.

[80] Chiapp. 1, S. 34.

[81] Vgl. die Stelle des Cod. Just., zu der die Glosse gehört, 3, 37, 1, 1: . . . ut post litis contestationem nemo nec partem suam ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus alienare possit.

[82] Unergiebig sind die Glossen Nr. 231 (Chiapp. 1, S. 42) zu Cod.

Zum Schluß sei hingewiesen auf ein geradezu klassisches Beispiel für die Verständnislosigkeit, mit der das frühere Mittelalter der litis contestatio gegenüber gestanden hat. Der Schreiber des Codex Vercellensis der Epitome Juliani (aus dem 10. Jahrhundert)[83] (oder sein Vorgänger) hat in CCCXXXVIII contestationem litis zu testatione militis verstümmelt[84]. Arme litis contestatio! Du wirst mit dem testamentum militis verwechselt!

So bestätigt sich in diesem Punkte das Urteil, das Conrat[85] über die Literatur des früheren Mittelalters zur justinianischen Gesetzgebung im allgemeinen fällt: sie steht in der Tat „auf einer sehr niedrigen Stufe". — Selbst die Worte litis contestatio und litem contestari sind vergessen[86].

§ 11. Ravenna.

Die Summa Perusina und die jüngeren Summen zur Epitome Juliani ließen erkennen, daß in ihrem Entstehungsgebiete die justinianische litis contestatio, die in die mündliche Verhandlung fällt, völliger Verständnislosigkeit begegnete[1]. Die Heimat der beiden Literaturerzeugnisse ist aber, wie wir annehmen dürfen[2], die Stadt Rom (oder der Dukat Rom). Rom blieb also den justinianischen Vorschriften über die litis contestatio verschlossen, obwohl es auch nach der Reichsgründung der Langobarden in Italien zum oströmischen Reiche gehörte. Um so mehr wird man anzunehmen haben, daß die justinianischen

3, 1, 13, v. contestate (contestatam): tas, und Nr. 315 (Chiapp. 1, S. 45) zu Cod. 4, 10, 1, v. contesteris in heredem (contestaris sine herede): aliter. sine herede.

[83] Schoell-Kroll, Novellae, Praef., S. VI.

[84] Haenel, Jul. Epit., Variae lectiones, S. 222*.

[85] Gesch., S. 204 a. E.

[86] Um jeden Zweifel auszuschließen, sei ausdrücklich bemerkt, daß damit natürlich nur gesagt sein soll, daß die Wortverbindungen litem contestari und litis contestatio vergessen waren. Die einzelnen Worte: lis, contestari und contestatio blieben — lis wenigstens in der Romagna — das ganze Mittelalter hindurch in Gebrauch.

[1] Oben S. 108 f. und 119 f.

[2] Oben S. 70 Anm. 4 und S. 116 Anm. 39.

Vorschriften auch nicht bei der römischen Bevölkerung des Langobardenreichs Eingang gefunden haben[3].

Dagegen läßt sich erkennen, daß es im Exarchat Ravenna der byzantinischen Verwaltung gelungen ist, der justinianischen litis contestatio Eingang zu verschaffen. Allerdings dürfte auch diese aus Byzanz eingeführte justinianische litis contestatio nicht mehr eine litis contestatio im Sinne des nachklassischen Prozesses, sondern eine des Fiktionsgedankens[4] beraubte litis contestatio gewesen sein: die versteinerte[5] justinianische litis contestatio, die lediglich der äußere Vorgang der narratio und contradictio[6] als solcher war. Die Epitome Juliani betrachtet nämlich die litis contestatio deutlich als einen äußeren Vorgang. Denn sie bedient sich der Wendungen: litis contestatio fiet, fiat; contestationem litis facturus sit; litis contestatio facta est[7].

Hat aber diese Einführung der, wenn auch versteinerten, justinianischen litis contestatio zur Folge gehabt, daß wenigstens die Worte litis contestatio und litem contestari in Ravenna lebendig blieben? Aus denselben Quellen, welche die Einführung der (versteinerten) justinianischen litis contestatio im Exarchat Ravenna erkennen lassen, wird sich ergeben, daß um

---

[3] Vgl. auch oben S. 113 unter 2.

[4] Vgl. oben S. 5 f.

[5] Vgl. oben S. 65 und S. 90 ff.

[6] Vgl. oben S. 105 a. E.

[7] Epit. Jul. (Ausg. s. oben S. 116 Anm. 37), CLXXXIV, CXCVII, CCCXXXVIII, CCCLXIX, CCCCLXVIII. Selbst die griechischen Novellen sprechen von einem γί(γ)νεσθαι der προκάταρξις (i. e. litis contestatio): Nov. 53, c. 3 und 4; 60, c. 2; 82, c. 10; 83, praef. § 2; 123, c. 24. — Dahin gehört auch ein Scholion der Basiliken (VII, 1, 3; Heimbach, Basilicorum, libri LX, tom. I, Lips. 1833, S. 242; vgl. Bethmann-Hollweg III, S. 254 Anm. 9), welches definiert: Προκάταρξίς ἐστιν ἡ διήγησις τῆς ὑποθέσεως, οὐχ ἡ ἔκδοσις τῆς ἀγωγῆς, οὐδὲ ὑπόμνησις, οὐδὲ ἡ μονομερὴς ἐντυχία. I. e.: Litis contestatio est narratio negotii, non editio actionis, neque conventio, neque simplex postulatio. Das Scholion ist also eine freie Übersetzung von Cod. Just. 3, 9, 1 (vgl. oben S. 80 unter cβ). Die Freiheit der Übersetzung geht aber über das erlaubte Maß hinaus: An die Stelle des videtur der Konstitution ist ein ἐστίν gesetzt. Damit ist der Fiktionsgedanke getilgt.

das Jahr 1000 auch der letzte Funke einer Erinnerung an die litis contestatio im Bewußtsein gerade der Bewohner der Romagna erloschen war. Und bei ihnen wäre man noch am ersten berechtigt, ein Weiterleben der litis contestatio zu vermuten.

Die in Betracht kommenden Quellen sind sieben Urkunden aus der Romagna, die in die Jahre 885 bis ca. 1025 fallen. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie nach Klage und Antwort, also nach dem Zeitpunkte der justinianischen litis contestatio, eine Bürgenstellung für eine bestimmte Summe erfolgen lassen[8].

Es gilt zunächst zu ermitteln, für welche Schuld und in welcher Form die Bürgschaftsbestellung nach den sieben Urkunden erfolgt. Zur Erleichterung des Verständnisses sei das Ergebnis, zu dem die Betrachtung der Urkunden führen wird, schon jetzt angedeutet: Die Schuld, um die es sich handelt, sind die Gerichtskosten. Gläubiger ist der Vorsitzende, Schuldner sind die Parteien. Die Form des Bürgschaftsvertrags besteht darin, daß — ohne Benutzung einer wadia — ein Vertreter des Gläubigers (des Vorsitzenden), meist ein executor[9], die Hand des Schuldners ergreift und so den Schuldner (die Partei) dem Bürgen übergibt (mittere, tradere), und daß der Bürge den Schuldner aus der Hand des Vertreters des Gläubigers entgegennimmt (et levavit eum — den Schuldner — N. N. — der Bürge).

Ich lasse jetzt die entscheidenden Stellen der sieben Urkunden folgen. Die einzelnen Stellen numeriere ich mit I—VII, um mir die Hinweise in den späteren Ausführungen zu erleichtern. Den wichtigeren Urkunden füge ich zur Unterstützung des Lesers eine Übersetzung bei.

I. Fantuzzi, Monumenti Ravennati de' secoli di mezzo, tom. II (Venezia MDCCCII), S. 13 f., Nr. V (a. 885)[10]:

---

[8] In der Urkunde I erfolgt noch vor der Bürgenstellung die Bestellung eines advocatus für den Beklagten.

[9] In I ein Mann, der nur mit seinem Namen genannt ist, Martinus.

[10] Hübner, Gerichtsurkunden, Nr. 804.

Tunc missi sunt ipsi ambas partes pro fidejussore per mano Martinus qui vocatur de Agati in auro ebreatico libras duas (;) a parte des Klägers fuit exinde fidejussore Dominicus filius quondam Leo et a parte des Beklagten fuit exinde fidejussore Leo filius quondam Johannutius.

Darauf wurden beide Parteien dem Bürgen übergeben (missi sunt) durch die Hand des Martinus, genannt de Agati, (in Vertretung des Vorsitzenden) für den Betrag von zwei Pfund Goldes (aur. ebr.); auf seiten des Klägers wurde dafür Bürge Dominicus . . ., und auf seiten des Beklagten wurde dafür Bürge Leo . . .

II. Fantuzzi, Mon. Rav. IV[11], S. 176 ff., Nr. XI (c. a. 950)[12] — die in eckigen Klammern beigefügten Erläuterungen und Ergänzungen nach Bethmann-Hollweg[13] —:

hec audientes Dom. Andreas d [Dativus] qui vocatur de Severo jussit ambas partes fides (lies: per fidejussores) hobligari in primis partes querencium sto [suprascripto] Liucius qui vocatur de Castro novo avocatore sti Comitibus & ste Comitisse dedit fidemjussorem he . . . . . [et] vanit . . . . [levavit] sum [eum] sto ficuinus inobligato [in obligato] sol. quinquaginta [.] postea autem pars respondentium sto Johes qui vocatur Deadelbertus avocatore pre . . . . (predicti) Paul Diac. Scte Rav. Eccle, & Abb. sto Mon. Scti

Als der Richter, (iudex dativus; vgl. Hübner 897), Herr Andreas, genannt de Severo, dies (Klage und Antwort) vernommen hatte, befahl er, daß beide Parteien sich unter Bürgenstellung verpflichteten. Zuerst stellte die Partei der Kläger, der oben genannte Liucius, genannt de Castro novo, der Vogt der oben genannten Grafen und der oben genannten Gräfin einen Bürgen, und ihn (eum, den Vogt Liucius) nahm entgegen (levavit) der oben genannte Ficuinus (der Bürge) für eine Schuld von fünfzig solidi. Darauf aber stellte die beklagte Partei, der oben ge-

[11] Nicht III, wie Bethmann-Hollweg V, S. 406 Anm. 21, zitiert.
[12] Hübner Nr. 897.
[13] A. a. O. — Eigene Versuche habe ich rund eingeklammert oder in eine Anmerkung gesetzt.

Thome Apli (der advocatus des Beklagten)[14] . . . . (dedit fideiussorem et) vanit cum [levavit eum] sto Gregorius qui vocatur de pretonia inobl. simil sol quinquaginta p na . . . esecutorem sto Johis Tabell[15]. Denuo vero lites replicantes & altercantes litigantes litigaverunt p (per) omnia sicut . . . (supra scriptum est) etc.

nannte Johannes, genannt Deadelbertus, der Vogt des oben genannten Paulus, des Diakons der heiligen Kirche zu Ravenna, und des Abtes des oben genannten Klosters des heiligen Thomas Apostolus, einen Bürgen und ihn (den Vogt Johannes) nahm entgegen der oben genannte Gregorius, genannt de petronia (der Bürge) für eine Schuld von gleichfalls fünfzig solidi durch die Hand (besser: aus der Hand) des executor, des oben genannten Johannes, des Schreibers. Darauf wiederholten sie Klage und Antwort usw.

III. Ficker, Forschungen IV, Nr. 28 (a. 975)[16]. Der iudex erklärt nach den ersten Parteivorträgen:

„Si vultis [contendere] ac lege finiri, eligite utraque parte utrumque vultis executore, qui vobis mittat seu dedaturque (lies: dedat utrumque; vgl. unten Anmerkung [27]) fideiussore". Quod ita fecit Dominicus qui vocatur Ursicinus; primis parte querentium sit a Petrus de

„Wenn ihr streiten und den Prozeß in gesetzlicher Weise zu Ende führen wollt, so wählt aus, beide Parteien, welchen von beiden executores ihr wollt, der euch (vobis ist als Akkusativ zu verstehen) übergebe (mittat) oder jeden von euch überreiche dem Bürgen." Dieses tat auch Dominicus genannt Ursicinus;

[14] Bethmann-Hollweg a. a. O. vermutet ohne Begründung, daß hier die Namen von Bürgen ausgefallen seien; vgl. unten S. 133 Anm. 31.

[15] Lies (von p an): per manum executoris suprascripti Johannis tabellionis; vgl. unten S. 134 bei Anm. 34.

[16] Hübner Nr. 1002.

A . . . ol avocatore suprascripti Johannis et Magno germano dedit fideiussore et levavit eum suprascripto Rodaldus magister militae [in obligatu] solidos centum; postea autem dedit fideiussore pars respondentium suprascripto Richardo avocatore (als Nominativ zu verstehen!) suprascripti Johannis presbyter (Genetiv!) et levavit eum predictus Redaldus magister militum in obligatu similiter [solidos centum]. Den[uo] vero replicantes ac altercantes, litigantes litigaverunt per omnia, sicut et prius narratum est . . .

zuerst stellte die Partei der Kläger, Petrus . . ., der Vogt der oben genannten Brüder Johannes und Magnus, einen Bürgen, und ihn (den Vogt Petrus) nahm entgegen der oben genannte magister militiae Rodaldus (der Bürge) für eine Schuld von hundert solidi; darauf aber stellte einen Bürgen die beklagte Partei, Richard, der Vogt des oben genannten Priesters Johannes, und ihn (den Vogt Richard) nahm entgegen der obengenannte magister militum Redaldus (der Bürge) für eine Schuld von gleichfalls hundert solidi. Darauf wiederholten sie Klage und Antwort usw.

IV. Vesi, Documenti editi e inediti che servono ad illustrare la storia di Romagna, Vol. I[17], S. 461 ff.[18] (a. 1005)[19]:

(S. 462 f.) . . . hec audiens predictis iudices, et dativi . . . iudicantes dixerunt ambabus partibus sub fideiussorem mittere sicuti fecerunt et elegerunt utrasque partes executorem Leo de melo juguli (;) dedit fideiussorem Johannes de Casale Pauli advocatore. Dodo supra-

Als die genannten Richter und dativi dies (Klage und Antwort) vernommen hatten, sagten sie urteilend beiden Parteien, sie sollten sich an Bürgen übergeben lassen, wie sie auch taten. Und es wählten beide Parteien den executor Leo de melo juguli (damit er sie, die Parteien, den Bürgen über-

[17] Bologna 1845.
[18] Auch bei Fantuzzi V, S. 268 f., Nr. XXXVII.
[19] Hübner Nr. 1162.

scripto castaldio Domin. Theodorici (der advocatus des Klägers) in obl. XXXX. et levavit illum. Paulo de Berta (;) iterum dedit fideiussorum Leo de translimite avocatore ipsius Abbas (der advocatus des Beklagten), et levavit illum suprascriptus Vitalis in oblis mille (lies: in obli[gatu] s[i]mil[it]e[r XXXX]; (vgl. II, III, V). Datis ambabus partibus fideiussorem tunc replicaverunt litem...

gäbe); und es stellte einen Bürgen Johannes de Casale Pauli, den Vogt des oben genannten Dodo, des Gastalden des Herrn Theoderich, für eine Schuld von vierzig, und jenen (den Johannes) nahm (aus der Hand des executor) entgegen Paulus de Berta (der Bürge); sodann gab einen Bürgen Leo de translimite, der Vogt des Abtes, und jenen (den Leo) nahm (aus der Hand des executor) entgegen der obengenannte Vitalis (der Bürge) für eine Schuld von gleichfalls vierzig. Nach der Bürgenstellung durch beide Parteien wiederholten diese ihr Streitvorbringen . . .

V. Ficker IV Nr. 43 (a. 1013)[20]:

Tunc dominus Johannes iudex... iussit ambas partes sub districto fideiussore obligandas; in primis pars querentium, idest... Romualdus, dedit fideiussorem per manum executoris nomine Baruncii filii quondam Rottoardi, et levavit eum Petrus, qui vocatur Adelberto, in obligatu solidorum viginti; postea vero pars respondentium... Eleuterius advocator ipsius abbatis dedit fideiussorem, et levavit

Darauf (nach Klage und Antwort) befahl der Richter, Herr Johannes, daß beide Parteien sich unter Bürgenstellung verpflichten sollten; zuerst stellte die Partei der Kläger, nämlich Romualdus, einen Bürgen durch die Hand des executor namens Baruncius, des Sohnes des verstorbenen Rottoardus, und ihn (den Romualdus) nahm (aus der Hand des executor) entgegen Petrus, genannt Adelbertus (der Bürge) für eine Schuld

[20] Hübner Nr. 1193.

eum Albertus, qui vocatur de Sergio, in obligatu similiter solidorum viginti.

von zwanzig solidi; darauf aber ſtellte die Partei der Beklagten . . ., Eleuterius, der Vogt des Abtes, einen Bürgen, und ihn (den Eleuterius) nahm (aus der Hand des executor) entgegen Albertus, genannt de Sergio, für eine Schuld von ebenfalls zwanzig solidi.

VI. Ficker IV, Nr. 46 (a. 1015)[21]:

Iudices vero tales litis appelationem, talemque responsionis (lies: responsionem) sive disvestitionis negationem audientes, tunc iusserunt ad executorem litis, nomine Viator[22], ut alligant (lies: alligat) querentis partem personamque respondentis sub vinculo fideiussionis in alligata denariorum libras XX. Et ita fecit. Denuo autem ab utraque parte litigium, quod superius legitur, replicantes . . .

VII. Fantuzzi IV, S. 195 (c. a. 1025)[23]:

Tunc iussit dom. Raimundus iudex ambas partes obligari et obligata est . . . libras decem. Denuo vero . . . replicantes et inter se altercantes litigaverunt per omnia sicut . . . (zu ergänzen: supra scriptum est).

Alſo ſieben prozeſſuale Bürgſchaftsbeſtellungen von ſeiten beider Parteien. Es gilt zunächſt, die Form dieſer Bürgſchaftsbeſtellungen zu ermitteln.

Zweifellos iſt, daß dabei in den Urkunden II—VI ein executor tätig wird. Ferner darf angenommen werden, daß der Martinus qui vocatur de Agati in I bei dem Akt der

---

[21] Hübner Nr. 1209.

[22] Ein redender Name: viator iſt der Bote; vgl. Ficker IV, S. 595 unter Viator.

[23] Hübner Nr. 1260.

Bürgschaftsbestellung dieselbe Rolle spielt wie der executor in II—VI[24].

Aus I—VI läßt sich nun schon soviel erkennen, daß im ersten Falle Martinus, in den übrigen Fällen ein executor „die Bürgschaftsstellung besorgt“[25]. Aber in welcher Weise?

In I heißt es von beiden Parteien: missi sunt ... pro fideiussore per mano des Martinus; in III erscheint es als Aufgabe des executor, daß er vobis (die Parteien; vobis ist als Akkusativ zu verstehen) mittat seu dedaturque fideiussore; in IV sagen die Richter ambabus partibus sub fideiussorum mittere. Das mittere wird also durch die Hand des Martinus, bzw. des executor besorgt. Objekt des mittere sind die Parteien. Mittere hat im mittelalterlichen Latein bereits etwa den Sinn des französischen mettre. Es bedeutet ponere, tradere[26]. Ich verstehe es hier als tradere.

Es wird also jede Partei von dem Dritten durch dessen Hand dem Bürgen übergeben. Anders lassen sich die drei Stellen miteinander nicht vereinigen. Ich lese in I statt pro fideiussore: fideiussori, in III: qui vos mittat seu dedat utrumque fideiussori[27], und in IV statt: sub fideiussorum etwa: fideiussoribus.

Das mittere, die Übergabe an den Bürgen, geschieht nach I per mano des Martinus, der dem executor der Urkunden II—VI entspricht[28]. Wenn also in V die Partei dedit fideiussorem per manum executoris, so folgt daraus, daß dieses der Partei[29] zugeschriebene dare fideiussorem in V als Übergabe (mittere) der Partei durch die Hand des

---

[24] Zu weit geht Bethmann-Hollweg (a. a. O.), der den Martinus geradezu als executor bezeichnet; vgl. unten bei Anm. 28.

[25] Ficker, Brachylogus, S. 57 (zu den Urkunden V und VI).

[26] Vgl. Du Cange unter Mittere, 2 und 3.

[27] Diese vielleicht etwas kühne Verbesserung findet ihre Entschuldigung in der Mangelhaftigkeit des überlieferten Textes; vgl. dazu die Anm. bei Ficker IV, Nr. 28. — Mittere und dedere sind also hier Synonyma.

[28] Oben bei Anm. 24.

[29] Oder ihrem advocatus. Da sachlich nichts darauf ankommt, hier zwischen Partei und advocatus zu unterscheiden (vgl. V: Romualdus ist der Kläger selbst, Eleuterius advocatus des Beklagten), so werde ich im folgenden lediglich von der Partei sprechen.

executor an den Bürgen vorzustellen ist. Dasselbe gilt folglich von dem dare fideiussorem in II, III und IV.

Jetzt muß sich auch die auf dedit fideiussorem regelmäßig (II, III, IV und V) folgende Wendung: et levavit eum (illum) mit dem nachfolgenden Eigennamen erklären. Festzustellen ist zunächst, daß levare „entgegennehmen" bedeutet; ferner, daß der auf levavit eum (illum) folgende Eigenname Subjekt zu levavit ist, und daß dieser Eigenname stets ein anderer ist als der Eigenname der Partei oder des executor, daß also insbesondere der executor in keinem Falle Subjekt zu levavit ist[30].

Welche Person aber verbirgt sich hinter dem eum (illum)? Wer ist das Objekt des levare? Rein sprachlich liegt es am nächsten, an den fideiussor zu denken (vgl. den Text in II, III, IV, V). Doch ist diese Deutung mit Sicherheit abzulehnen, da dann — höchst unpraktisch! — in dem Subjekt zu levavit irgendein Dritter, der gar nicht von besonderem Interesse wäre, genau genannt sein würde, der Name des Bürgen aber, der in I ausführlich angegeben ist, fehlen würde[31].

Die einzig mögliche Lösung ist folgende: das Objekt des levare (eum, illum) ist dieselbe Person, die Subjekt zu dedit fideiussorem ist, also die Partei![32] Und das Subjekt zu levavit ist niemand anders als der Bürge![33]

[30] Nicht ganz verständlich ist mir Bethmann-Hollweg V, S. 407 Anm. 21 a. E., nach Anführung der Stellen I bis IV: „So viel aus dem fehlerhaften Text zu erkennen ist, scheint levare von dem erwähnten Executor, der die Bürgschaft im Namen des Gerichts annimmt, gesagt zu werden."

[31] Durch eine ähnliche Erwägung scheint Bethmann-Hollweg zu der Vermutung gebracht worden zu sein, daß in IV hinter illum „der Name" „ausgefallen" sei. B.-H. vermißt hier allem Anschein nach den Namen des Bürgen. Dann müßte aber doch in allen diesen Stellen der Name ausgefallen sein! Ebenso mag es zu verstehen sein, wenn B.-H. a. a. O. S. 406 in II die Namen der Bürgen für „ausgefallen" hält. — Es wird sich ergeben, daß man eine solche Nothypothese gar nicht aufzustellen braucht.

[32] Bzw. ihr advocatus; vgl. oben S. 132 Anm. 29.

[33] Richtig Hübner, Gerichtsurkunden Nr. 1002 (III); a. M. anscheinend Ficker IV, S. 576 unter Levare.

Der Bürge nimmt entgegen (levavit) aus der Hand des executor (II: per manum executoris[34]) die Partei, deren dare fideiussorem eben darin besteht, daß sie per manum executoris dem Bürgen übergeben wird![35] So wird mit den Worten: dedit fideiussorem et levavit eum N. N. derselbe Vorgang zweimal, nur von verschiedenen Gesichtspunkten aus, zur Anschauung gebracht.

Damit ist es für I—V gewiß, und für VI höchst wahrscheinlich, daß die Form der Bürgschaftsbestellung darin besteht, daß die Partei von einem Dritten (von Martinus oder vom executor) dem Bürgen übergeben wird, der Bürge aber die Partei aus der Hand des Dritten (des Martinus bzw. des executor) entgegennimmt. Mit Sicherheit darf eine derartige Bürgenstellung auch in VII angenommen werden.

Von einer Bürgenstellung ohne Wadiation handeln also diese Urkunden. Wie bei der Bürgenstellung mit wadia der Bürge die wadia entgegennimmt[36], so empfängt er hier die Person des Schuldners. Wie das Scheinpfand, die wadia, so wandert die zu Pfand gegebene Person über den Gläubiger zum Bürgen[37].

---

[34] Vgl. oben S. 128 Anm. 15.

[35] Oben S. 132 a. E. und S. 133 oben.

[36] Vgl. Heusler, Institutionen d. deutschen Privatr., II, S. 251; Hübner, Grundz. d. deutschen Privatr., S. 468 Anm. 2; O. v. Gierke, Schuld und Haftung, S. 288; Ernst Mayer, Die Einkleidung, S. 8 f.

[37] Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der in diesen Urkunden bezeugte Formalismus des Bürgschaftsvertrags — wie es gewiß möglich ist — auf germanisches Recht zurückzuführen sei. Wäre dies anzunehmen, so würden diese Urkunden den positiven Beweis erbringen für die von O. v. Gierke (Schuld und Haftung, S. 191) nur als „möglich" bezeichnete Tatsache, „daß neben der Wadiation die vertragsmäßige Einsetzung der Person für Schuld dem langobardischen Recht von Hause aus nicht fremd war." — Möglich aber ist es auch, daß jene Form des Bürgschaftsvertrages auf römisches, ja vielleicht auch griechisches Vulgarrecht zurückgeht. — Ich muß diese Frage offen lassen, möchte aber darauf hinweisen, daß die in unseren Urkunden bezeugte Bürgschaftsform einerseits ihr Analogon im altbabylonischen Recht findet (vgl. Koschaker,

Wer aber ist der Gläubiger?

Ist es derjenige, welcher die Person des Schuldners dem Bürgen übergibt? Also der Martinus qui vocatur de Agati (I) oder der executor? Unmöglich! Wie sollte man das verstehen? Wer die Aufzählung der Anwesenden in den einzelnen Urkunden auf die Namen des Martinus, des executor und der Bürgen hin durchsieht, wird den Eindruck gewinnen, daß die Bürgen in der Regel zu den Vornehmsten unter den Anwesenden gehören[38]; für den Martinus (I) dagegen kommt wohl nur ein mehr gegen Ende der Aufzählung genannter Martinus filius . . . in Frage, hinter dem Personen, welche die fideiussores sein könnten, nicht mehr genannt sind, und der executor tritt ebenfalls erst am Ende der Aufzählung auf[39]. Er ist der subalterne Gerichtsbote, der viator[40], der praeco[41].

Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht [1911], S. 22, dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1913, Nr. 1, S. 18 ff.), andrerseits auch einem Bürgschaftsritus entspricht, der in der Terminologie griechischer und lateinischer Quellen sichtbar geblieben ist (Partsch a. a. O. und Z.[2] f. RG. XXIX, S. 417). Es ist sehr wohl möglich, daß diese Bürgschaftsform eine jener rechtsgeschäftlichen Urformen ist, die sich bei vielen Völkern nachweisen lassen, ohne daß man einen geschichtlichen Zusammenhang anzunehmen hätte.

[38] Rodaldus (Redaldus) magister militum (III) wird unter den residentes und adstantes — er gehört gewiß zu den residentes! — als erster unter den Laien aufgeführt; er und sein Bruder sind die einzigen nobiles viri. — In V tritt der Petrus, qui vocatur Adelberto — der nach seinem Vater Adelbertus genannt wird — als Petrus filius quondam Adelberti ducis, der Albertus, qui vocatur de Sergio als Albertus filius quondam Sergii ducis im Eingange der Urkunde auf. Beide sind dort — genau wie Redaldus in III — an erster Stelle unter den Laien genannt; beide sind Söhne von duces, also viri nobiles. In IV ist der Bürge Vitalis offenbar identisch mit dem ersten Beisitzer, der auch als einziger die Urkunde unterschreibt (Vitalis consul et iudex). Nur Paulus de Berta ist im Eingang erst nach dem executor Leo (de melo jugoli) genannt.

[39] Vgl. III: Dominicus qui vocatur Ursicinus ist identisch mit Dominicus quondam Orcicionus (der Sohn des seligen — quondam — Orc.; daher: qui vocatur Ursicinus; er wird beim Vatersnamen genannt). V: Baruncius identisch mit Barontius. Zu IV vgl. vor. Anm. a. E.

[40] Vgl. oben S. 131 Anm. 22.

[41] Vgl. Ficker, Brachylogus, S. 57.

Wie sollten sich bei solchen Gläubigern so vornehme Bürgen finden?

Gläubiger ist der durch Martinus (I) oder den executor vertretene Vorsitzende. Der Vorsitzende ist ein vornehmer Herr. Er vermeidet lieber die zur Übergabe notwendige Berührung der Partei (per manum)[42]. Er läßt sich durch einen Dritten vertreten, genau so wie der fränkische Graf die Übergabe des Unfreien, der im Freiheitsprozesse gegen seinen Herrn unterlegen ist, gern durch den vicarius als seinen Vertreter vornehmen läßt[43].

Wenn aber der Vorsitzende der Gläubiger ist, dem die Bürgschaft bestellt wird, dann kann es auch nicht mehr zweifelhaft sein, welcher Art die Schuld ist, um die es sich handelt: Es können allein die an den Vorsitzenden zu entrichtenden Prozeßkosten in Frage kommen[44].

---

[42] Oben S. 132 a. E.

[43] Form. sen. rec. 1; 3; 6 (MG. Form. S. 211 ff.).

[44] Irrig wäre die Annahme, daß es in jener Zeit keine Prozeßkosten gegeben hätte. Vgl. z. B. Ficker IV, Nr. 89 (a. 1091; Hübner Nr. 1504). — Die Bürgschaft hat demnach gar nichts mit dem Urteilserfüllungsgelöbnis, dem im Mittelpunkte des germanischen volksrechtlichen Verfahrens stehenden Haftungsgeschäfte, zu tun. Es darf also nicht, wie es Hübner (Gerichtsurk. Nr. 804 und 1260, d. i. I und VII) tut, an eine Bürgschaft „zur Sicherung der Urteilserfüllung" (Hübner — Nr. 804 — setzt hier allerdings ein Fragezeichen) gedacht oder von einem „Beweisgedinge" gesprochen werden. — Es wird auch nicht, wie Richard Schmidt (Klagänd. S. 26 Anm. 2) annimmt, „die Absicht, im Prozeß zu verharren, durch die Kaution versichert." Die von Schmidt zum Belege dafür angezogenen Worte des iudex in III: si vultis contendere ac lege finire etc. beweisen die Auffassung von Schmidt nicht. Sie setzen vielmehr den Fall, daß die „Absicht, im Prozeß zu verharren", bereits so feststeht, daß der Richter sich genötigt sieht, sich die Zahlung der ihm zukommenden Gebühren zu sichern. Unter solchen Umständen bedarf es einer cautio iudicio sisti nicht. — Daß es sich um die Gerichtskosten handelt, dafür spricht endlich die von Wach (Arr. S. 219 f. Anm. 6) herausgestellte Tatsache, daß noch im 12. und 13. Jahrhundert in Italien, insbesondere auch in der Romagna, beide Parteien „gewöhnlich unmittelbar nach der litis contestatio" eine Sicherheit für die „dem iudex zu zahlenden Gerichtssporteln, also keineswegs, wie Joan. Bass. meint, eine cautio iudicio sisti", zu leisten haben.

Jetzt beachte man, daß die Bürgschaftsbestellung nach Klage und Antwort[44a], also im Augenblicke der justinianischen litis contestatio[45], erfolgt — und man wird mit Sicherheit eine Bestimmung des römischen Rechts als die Quelle der behandelten Erscheinung erkennen:

Epitome Juliani CCXCI verordnet: Unusquisque iudex ab utraque parte binos solidos in litis contestatione accipiat, et binos in termino litis . . .

Jetzt liegt die ganze Entwicklung klar vor Augen:

In Ravenna gelangte unter der byzantinischen Herrschaft die (versteinerte) justinianische litis contestatio zur Einführung[46]. Es konnte daher die angeführte Bestimmung der Epitome Juliani Anwendung finden. Es wurden also im Augenblicke der justinianischen litis contestatio und am Ende des Prozesses Kosten gezahlt.

Ein letzter Rest dieser Kostenregelung zeigt sich in den sieben Urkunden: In dem Augenblicke, der für die justinianische litis contestatio maßgebend gewesen war, wird dem Vorsitzenden Bürgschaft für die Prozeßkosten bestellt.

Verschwunden ist die in der Epitome offenbar vorausgesetzte Barzahlung[47]: sie ist durch eine Sicherheitsleistung abgelöst worden. Verschwunden ist die Kostenzahlung in termino litis. Verschwunden ist endlich die litis contestatio. Keine einzige der sieben Urkunden enthält auch nur die leiseste Andeutung davon, daß zur Zeit ihrer Abfassung noch irgend jemand an die litis contestatio gedacht hätte: Selbst die versteinerte justinianische litis contestatio ist verschollen und vergessen, und nur die Bürgschaftsbestellung steht noch an dem Platze, an dem einst die im Augenblicke der litis contestatio fälligen Kosten zu zahlen waren.

Daß man sich unter dem Worte litis contestatio gar

[44a] Vgl. oben S. 126.

[45] Vgl. oben S. 105 a. E.

[46] Vgl. oben S. 125. — Damit ist bewiesen, daß die Summa Perusina, die für die justinianische litis contestatio verschlossen blieb (vgl. oben S. 108 f.), nicht in Ravenna entstanden sein kann (vgl. oben S. 70 Anm. 4).

[47] Accipiat.

nichts mehr zu denken vermochte, ergibt sich aus folgendem: Der Martinus in F ist nicht als executor bezeichnet. Das Auftreten des executor in den folgenden Urkunden kann also nur als ein Zeichen des Wiederauflebens romanistischer Studien gedeutet werden, als ein Versuch, den executor, von dem die Quellen des Altertums sprachen, aufs neue in das Rechtsleben einzuführen.

Welch naive „Jurisprudenz" aber sich hier äußert, zeigt folgende Tatsache: In IV heißt es: elegerunt utrasque partes executorem, und in III sagt der iudex: eligite utraque parte utrumque vultis executore . . . Statt utrumque ist in III mit Bethmann-Hollweg[48] utrum zu lesen. Daraus folgt: Die Parteien wählen unter zwei executores einen aus[49]: In der Gerichtsversammlung befinden sich zwei executores. Diese Erscheinung läßt nur eine Erklärung zu: Man wollte das römische Recht, soweit man dazu imstande war, anwenden, und man befolgte die Verordnung aus der Epitome Juliani, cap. CCLXXXIX: Unusquisque autem iudex habeat ... duos exsecutores![50] An dieser Befolgung einer so äußerlichen Vorschrift ermesse man den Geist der ravennatischen Jurisprudenz jener Zeit. Aber weiter! Warum nimmt der Vorsitzende seit der Urkunde II nicht mehr, wie in I, einfach einen Mann aus dem Umstande, um sich bei der Bürgschaftsbestellung vertreten zu lassen? Warum muß gerade der executor die Übergabe an den Bürgen in Vertretung des Vorsitzenden, des Gläubigers, besorgen?

Weil Epitome Juliani CCCXXXVIII verordnet, daß der actor Sicherheit leisten soll reo atque litis exsecutori![51]

Aber diese Sicherheitsleistung soll doch nach der Epitome dafür erfolgen, daß der Kläger intra duos menses conte-

---

[48] V, S. 406 Anm. 21.

[49] Es ist also unzutreffend, wenn Bethmann-Hollweg V, S. 406 (obgleich er richtig liest: vgl. vor. Anm.) meint, daß die Partei einen Gerichtsbeisitzer zum Exekutor erwähle.

[50] Vgl. auch die jüngeren Summen zur Epit. Jul. 289: Iudex duo habeat executores . . .

[51] Vgl. VI: executorem litis!

stationem litis apud iudicem facturus sit! so mag man mir einwerfen.

Darauf erwidere ich: Jene „Juriſten" verſtanden gar nicht, was mit dem contestationem litis facere gemeint war; ſie verſtanden nur, daß irgendwie von einer vom Kläger dem executor litis zu leiſtenden Sicherheit die Rede war, und glaubten daher, daß der Kläger jede Sicherheit dem executor litis zu leiſten habe.

Die Sicherheitsleiſtung des Beklagten dagegen ſcheint man mit Epitome Juliani CLXXXIV begründet zu haben: man erkannte anſcheinend nicht, daß die hier verordnete Sicherheitsleiſtung bereits bei der Zuſtellung des libellus erfolgen ſollte[52].

So verſteht man es auch, daß offenbar gar keine Erinnerung mehr daran vorhanden iſt, daß die tatſächlich zugrunde liegende römiſchrechtliche Beſtimmung Epitome Juliani CCXCI iſt[53].

Man darf daher annehmen, daß dieſe, die litis contestatio erwähnende Beſtimmung der Epitome (CCXCI) für das Bewußtſein jener Zeit gar nicht vorhanden war, und daß man in cap. CCCXXXVIII gerade die von der litis contestatio handelnde Stelle nicht verſtand[54].

---

[52] Dieſer Irrtum findet ſich noch in der fingierten Konſtitution über den Rechtsgang, § 3: vgl. unten § 14 Anm. 34. Dort wird auch der litis executor als diejenige Perſon genannt, dem der Beklagte Sicherheit zu leiſten hat.

[53] Vgl. oben S. 137.

[54] Viel zu hohe juriſtiſche Gedanken findet Bethmann-Hollweg V, S. 406 in dieſen Urkunden: auch er glaubt, wie ſich aus Anm. 20 in Verbindung mit Bd. III, S. 247 Anm. 28 ergibt, daß es ſich hier um eine Anwendung von Nov. 96 pr. c. 1 (= Epit. Jul. CCCXXXVIII) handelt. Nach ſeiner Auffaſſung wird aber dieſe juſtinianiſche Beſtimmung nicht mißverſtanden, ſondern in einer Weiſe gehandhabt, die man den Verfaſſern jener Urkunden nicht zutrauen darf: B.-H. deutet die in der Nov. verordnete Kaution für den Vollzug der litis contestatio allgemein als Sicherheitsleiſtung „für gehörige Fortſetzung des Prozeſſes". Eine ſolche kann natürlich in abstracto auch im Augenblicke der juſtinianiſchen litis contestatio geleiſtet werden. Aber wer wollte dem Geiſte, der aus den ſieben Urkunden ſpricht, die juriſtiſche Denkkraft zutrauen, die dazu gehört, jene Novelle in dieſem Sinne auszulegen? Bethmann-

Es ergibt sich: sogar im Gebiet von Ravenna, in dem sich noch am allererſten die litis contestatio hätte erhalten dürfen, ſind ſelbſt die Worte litis contestatio und litem contestari vollſtändig in Vergeſſenheit geraten. An der Stelle des Prozeſſes, an der die juſtinianiſche litis contestatio einſt ihren Platz gehabt hatte, ſteht nur noch als letzte, aber unverſtandene Erinnerung die Bürgſchaftsbeſtellung für die Koſten.

Es iſt nur menſchlich begreiflich, wenn die Koſtenfrage eine liebevollere Behandlung erfuhr als die litis contestatio. So konnte jene Koſtenregelung der Epitome Juliani, wenn auch in verſtümmelter Geſtalt, die litis contestatio noch um Jahrhunderte überleben[55].

§ 12. Ergebnis.

Mit dem Untergange des Weſtreichs verſteinerte in Italien die ſpätrömiſche litis contestatio: ſie wurde identifiziert mit der

---

Hollweg überſchätzt daher auch die Höhe der juriſtiſchen Bildung jener Zeit ganz beträchtlich, wenn er meint, daß die Bürgſchaft der Urkunden (I bis IV) „echtrömiſch nur zur Verſtärkung der mit der Litiskonteſtation übernommenen allgemeinen Verpflichtung den Prozeß gehörig fortzuſetzen dient" (ähnlich wie von B.-H. wird III verſtanden von Schmidt, Klagänderung, S. 26 Anm. 2). Auch die pomphaften Zitate aus den Novellen und dem Codex im Eingange von III und V (dazu Conrat, Geſch., S. 54 Anm. 5) können über den Tiefſtand juriſtiſcher Bildung nicht hinwegtäuſchen. Von dieſem Punkte aus gewinnt man einen Einblick in die ravennatiſche „Rechtsſchule" der früheren Jahrhunderte. Vgl. Conrat, Epitome exactis regibus, S. CCLXXIII ff.; Kantorowicz, Z.[2] f. RG. XXX, S. 255 f.

[55] Aus den Darlegungen des Textes dürfte es ſich ergeben, daß Ficker (Forſch. I, S. 53, Brachylogus, S. 57) und Bethmann-Hollweg (V, S. 405 ff.) in den ſieben Urkunden (Ficker erwähnt III, V, VI und VII; Bethmann-Hollweg: I bis IV) zu Unrecht ein Weiterleben der litis contestatio bezeugt finden. — Gegen Bethmann-Hollweg vgl. die vorige Anm. — Gegen Ficker I, S. 53, ſei noch bemerkt, daß der Gebrauch des Ausdrucks lis in der Romagna nicht den geringſten Beweis zugunſten einer Fortexiſtenz der litis contestatio erbringt. Auch in den burgundiſchen, namentlich aber in den weſtgotiſchen Quellen kommt häufig der Ausdruck lis — in den weſtgotiſchen ſogar litis contestatio — vor, ohne daß deshalb ein Weiterleben der römiſchen litis contestatio in Burgund und im Weſtgotenreiche angenommen werden dürfte (vgl. oben den 1. Abſchnitt dieſes Kapitels).

Klagzuſtellung, die damals dazu diente, den für die Fiktion der litis contestatio maßgebenden Augenblick zu beſtimmen[1]. Im Laufe der Jahrhunderte aber entſchwanden auch die Worte litis contestatio und litem contestari aus dem lebendigen Sprachſchatze der Italiener, und nur hin und wieder wurde das unverſtandene Wort aus einer älteren Quelle abgeſchrieben[2]. Die juſtinianiſchen Vorſchriften über die litis contestatio blieben infolge der Verſteinerung der vorjuſtinianiſchen litis contestatio von dem größten Teile Italiens, ſoweit es hier zu betrachten iſt[3], ausgeſchloſſen; ſelbſt in Rom fand die juſtinianiſche litis contestatio keinen Eingang[4]. Nur für das Exarchat Ravenna iſt ein Einfluß der juſtinianiſchen litis contestatio nachweisbar[5]. Aber auch hier iſt — ſpäteſtens im 10. Jahrhundert — ſelbſt das Wort litis contestatio vollſtändig vergeſſen[6].

Dieſer Zuſtand hat in Ravenna noch am Anfange des 11. Jahrhunderts geherrſcht[7]. In Rom wird noch um dieſelbe Zeit die Summa Perusina an Stelle des Codex benutzt[8]; eine

[1] Oben §§ 8 und 9.

[2] Oben S. 120 ff.

[3] Vgl. oben § 7 Anm. 1.

[4] Vgl. oben S. 108 f. und 124, § 11 im Anfange.

[5] Oben § 11. — Nicht ausgeſchloſſen iſt es, daß man für Venedig dieſelbe Entwicklung anzunehmen hat wie für Ravenna (Über Venedig im früheren Mittelalter vgl. Ernſt Mayer, Ital. Verfaſſungsgeſch. II, S. 4 ff.). Quellen zu dieſer Frage ſind mir nicht bekannt. Die von Bertaldus (Splendor Venetorum consuetudinum; Ausg. von Schupfer in: Gaudenzi, Bibliotheca iuridica medii aevi, III, Bonomiae MDCCCCI, S. 97 ff.) erwähnte Ladung, welche den Namen preceptum per binam contestacionem trägt (vgl. S. 115 ff., insbeſ. S. 117 a. E.: Et nota, quod bina contestacio dicitur quasi bina citacio), kann, da die Schrift erſt im Jahre 1245 verfaßt worden iſt (S. 99), für unſere Frage nicht verwertet werden. Zu der Ladung per binam contestationem vgl. auch lib. I c. 11 der Statuten von Venedig (Venetiis MDCLXV).

[6] Oben § 11 a. E.

[7] Vgl. die Daten der Urkunden oben S. 129 ff.

[8] Conrat, Geſch., S. 56 f.; Patetta a. a. O. S. 72. Quellen ſind die Urkunden des Regesto di Farfa, Doc. 437 und 492 (a. 999 und 1014; Hübner Nr. 1139 und 1200). Patetta a. a. O. Anm. 5 findet ferner eine zweifelloſe Bezugnahme auf die Summa Perusina in den

Anwendung des Codex *selbst* ist erst wieder 1060 nachweisbar[9]. Man darf also sagen, daß die Verschollenheit der litis contestatio selbst in Ravenna und in Rom *bis in das 11. Jahrhundert hinein angehalten hat.*

Blicken wir zurück auf das Ergebnis des ersten Abschnitts und die daran geknüpften Fragen[10], so zeigt sich, daß im Westen und in Italien die Entwicklung im wesentlichen parallel verlaufen ist: Auf den Untergang des Fiktionsgedankens folgte das Verschwinden auch der Worte litis contestatio und litem contestari aus der lebendigen Rechtssprache. *Wenn* die am Ende des ersten Abschnitts gestellten Fragen[10] zu bejahen sind, so würde sich überdies das einfache Resultat ergeben, daß *dort, wo das Westreich unterging, die litis contestatio versteinerte*, da der Fiktionsgedanke erlosch und *infolgedessen* derjenige *äußere* Vorgang, welcher nur den Zeitpunkt der nachklassischen litis contestatio bezeichnen sollte, *selbst* mit dem alten Kunstausdruck benannt wurde. Da aber das Westreich im Westen bereits im Anfange des 5. Jahrhunderts, in Italien aber erst in der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts zusammenbrach, und da zu diesen verschiedenen Zeiten der Zeitpunkt der litis contestatio durch verschiedene Prozeßvorgänge bestimmt wurde[11], so verstand man nach dem Untergange des Reichs im Westen unter litem contestari die *Einreichung*, in Italien unter litis contestatio die *Zustellung* der Klagschrift, bis schließlich auch diese *Worte* in Vergessenheit gerieten.

Worten: quas vulgo manus collationis dicimus einer römischen Urk. von 1012 (Farfa Doc. 658, Hübner Nr. 1185). Gewiß bringt die Summa in 4, 21, 19 f. den Ausdruck manus conlationis (collationis), im Gegensatz zum Cod. Just., der (4, 21, 20) den Ausdruck comparationes litterarum als terminus technicus gebraucht. Und gewiß darf man also auch hier noch keine praktische Anwendung des Cod. Just. annehmen. Daß aber der Schreiber sich bewußt auf die Summa Perusina, die nach den am Anfange dieser Anm. zitierten Urkunden als das *Gesetz Justinians selbst* erscheint, bezogen haben sollte, kann ich auf Grund des: quas vulgo dicimus nicht glauben.

[9] Savigny, Gesch. II, S. 229, Anm. c; Patetta a. a. O. S. 73 Anm. 1 und Praef. S. XLIII Anm. 2, Farfa Doc. 906 (Hübner Nr. 1404)

[10] Oben § 6.

[11] *Wenn* die in § 6 gestellten Fragen zu bejahen sind!

Zweites Kapitel.

Die litis contestatio im 2. Jahrtausend.

§ 13. Einleitung.

Bis über das Jahr 1000 hinaus dauerte in Italien die Verschollenheit der litis contestatio[1].

Anderseits aber spielt, wie jeder weiß, der einmal in die Werke der Glossatoren und ihrer Nachfolger hineingeblickt hat, die litis contestatio in der Literatur des späteren Mittelalters eine große Rolle.

Es hat also eine Wiedergeburt der litis contestatio stattgefunden.

Wann ist diese erfolgt, und in welchem Sinne handelt es sich um eine Wiedergeburt? Ist es eine tatsächliche oder nur eine vermeintliche Wiedergeburt gewesen?

[1] Vgl. § 12, S. 142 oben.

Erſter Abſchnitt.

Das Wiedererſcheinen der litis contestatio.

§ 14. In Italien.

I. Den erſten ſchwachen Schimmer der wieder aufſteigenden litis contestatio könnte man vielleicht in einer ravennatiſchen Urkunde vom Jahre 1029[1] erblicken wollen. Dort heißt es nach Aufzählung der Anweſenden:

> tractatum est in hac lite constituenda in praesentia archiepiscopi inter Gebehardum archiepiscopum et Petrum de Traversaria et Raimbertum filium Rodulfi de Sergio.

Als ein Zeugnis für ein Weiterleben der römiſchen litis contestatio[2] kann dieſe Urkunde nach den oben im erſten Kapitel gewonnenen Ergebniſſen nicht verwendet werden. Sie dürfte höchſtens als Beleg für das Wiederauftreten der litis contestatio dienen[3]. Zugunſten einer ſolchen Auffaſſung könnte man auf die Tatſache hinweiſen, daß in dieſer Urkunde ſich auch an anderen Stellen frühe romaniſtiſche Regungen zeigen: die Urkunde iſt die erſte unter den uns bekannten, die den Ausdruck calumniae iuramentum bringt[4], und eine der erſten mit dem Worte sententia[5].

---

[1] Ficker IV, Nr. 51 (Hübner Nr. 1274).

[2] In dieſem Zuſammenhange erſcheint ſie bei Ficker I, S. 53.

[3] Mit der litis cont. bringt auch Richard Schmidt, Klagänd., S. 29 Anm. 2 dieſe Urkunde in Zuſammenhang.

[4] Vgl. Ficker III, S. 111 bei Anm. 8. — I, S. 58 führt Ficker dieſe Urkunde als Beweis für die Behauptung an, daß ſich in der Romagna „der Kalumnieneid in römiſcher Form erhalten hatte". Dagegen iſt Bethmann-Hollweg V, S. 408, recht zu geben, wenn er lehrt, daß die Urkunden ein tatſächliches Weiterleben des Kalumnieneides im frühen Mittelalter nicht ergeben, und daß der langobardiſche Voreid (iuramentum de astu; vgl. Brunner, RG. II, S. 343 f.) wohl davon zu unterſcheiden iſt. Wie die litis contestatio, ſo verſchwand auch der

Da aber die Urkunde das Wort litis contestatio oder litem contestari nicht gebraucht, so ergibt sie jedenfalls keinen sicheren Beweis für die Annahme, daß ihr Schreiber bereits etwas von der litis contestatio gewußt habe[6].

Ebensowenig liefert die fingierte Konstitution über die Klagformeln[7], die vor dem letzten Viertel des 11. Jahrhunderts und vor der Abfassung der Expositio geschrieben sein dürfte[8], einen zweifelsfreien Beleg für das Wiederaufleben der litis contestatio. Die Schrift beginnt mit den Worten:

Kalumnieneid im frühen Mittelalter aus dem Rechtsleben Italiens. Er wurde durch das iuramentum de astu verdrängt. Der langobardische Kunstausdruck dringt selbst in die Summa Perusina 2, 58 (Patetta S. 65 Zeile 2 f.) ein: Ut principalis persona iuret non per calumnia petere, ut pulsatus non asto animo reluctare. Die jüngere Summe zu Epitome Juliani CLXXVIII (Haenel S. 212, über diese Summen vgl. oben S. 116 ff.) vermeidet das Wort iusiur. de calumnia. — Wie die litis contestatio, so erscheint der Kalumnieneid im 11. Jahrhundert wieder (vgl. oben im Text), zunächst allerdings wohl nur dem Namen nach, als romanistischer Kunstausdruck für den deutschrechtlichen Voreid: Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Anm. 29. — Der Kalumnieneid hat also im Mittelalter eine ähnliche Geschichte gehabt wie die litis contestatio.

[5] Vgl. Ficker III a. a. O. — Sententia bezeichnet in dieser Urkunde den Urteilsvorschlag eines einzelnen Beisitzers. Als Ausdruck für den Spruch aller Beisitzer (tunc D. iudex cum omnibus aliis iudicibus ita iudicavit) erscheint iudicati sententia in einer Urkunde von 1015 (Ficker IV, Nr. 46; Hübner Nr. 1209), dem einzigen von Ficker (III, S. 111 Anm. 8) herangezogenen Belege für das Vorkommen von sententia vor 1029. — Ebenso bereits 1014 im Gericht des Papstes (Regesto di Farfa Nr. DXXV [Doc. 492]; Hübner Nr. 1200). Ferner wird im Jahre 998 in Rom der Spruch von Zeugen mit sententia bezeichnet (MG. Dipl. reg. et imp. II, S. 702 Zeile 42; O. III. Nr. 278; Hübner Nr. 1119).

[6] Für eine Beziehung der Stelle auf die litis contestatio könnte man vielleicht auf den Umstand hinweisen, daß in Epit. Jul. CCXCIX einige Handschriften statt lites contestatae lesen: lites constitutae. Vgl. Haenel, Jul. Epit., Variae lectiones, S. 214* a. E., Note b a. h. l. Doch wird man besser umgekehrt aus dem Befund dieser Handschriften darauf schließen, daß ihre Schreiber nichts mehr von der litis contestatio gewußt haben.

[7] Ausg. bei Fitting, Gualkausus, S. 129 ff.; vgl. Conrat, Gesch., S. 583 ff.

[8] Conrat S. 588. Obgleich ich für die Expositio mit der herrschen-

Notum fieri volumus, patres conscripti, non aliter reus respondeat actori libellum accusationis mittenti, nisi prius ille caverit pro reo atque litis executori, quod intra duos menses contestationem litis apud iudicem facturus sit, alioquin dampnum in duplum reo se restituturum; cautio autem XXXVI solidorum quantitatem non excedat.

Abgesehen von den fünf ersten Worten, welche das Machwerk maskieren sollen[9], ist die ganze aufgeführte Stelle eine wörtliche Wiederholung von Epitome Juliani CCCXXXVIII[10]. Es besteht also immerhin die Möglichkeit, daß der Verfasser sich bei den Worten contestationem litis nicht mehr gedacht hat als die Schriftsteller früherer Zeiten, wenn sie das ihnen unverständliche Wort gedankenlos aus ihrer Vorlage abschrieben[11], oder als die ravennatischen „Juristen", wenn sie auf Grund gerade dieses Kapitels der Epitome die Sicherheit für die Prozeßkosten dem executor leisten ließen[12].

Zwar kann dem Verfasser nicht verborgen geblieben sein, daß die litis contestatio nach den von ihm abgeschriebenen Worten der Quelle apud iudicem erfolgt. Unmöglich aber bleibt es, festzustellen, ob diese Stelle als ein Zeugnis für das Wiederaufleben der litis contestatio verwendet werden darf. Der bekanntlich sehr niedrige Bildungsgrad des Verfassers[13] spricht eher dagegen.

Daß man in der Tat bis ins siebente Jahrzehnt des 11. Jahrhunderts hinein von der litis contestatio nichts gewußt

---

den Lehre ein höheres Alter annehme als Conrat (vgl. unten Anm. 21), glaube ich doch mit Conrat, daß die fingierte Konst. älter ist als die Expositio. Fitting a. a. O., S. 82, setzt die Konst. in die erste Hälfte des 11. Jahrh.

[9] Wohl nur eine Spielerei; an die Absicht einer Fälschung oder Mystifikation ist nicht zu denken: Conrat S. 590.

[10] Vgl. Fitting a. a. O. Anm. zu § 1. — Nur die Worte actori und respondeat sind umgestellt.

[11] Vgl. oben S. 121 f.

[12] Vgl. oben § 11 Anm. 51.

[13] Fitting a. a. O. S. 76; Conrat, Gesch., S. 588; Kantorowicz, Z.[2] f. RG. XXX, S. 199 Anm. 15a.

haben dürfte, scheint sich aus dem gegen 1063 verfaßten[14] Vokabular des „juristisch nicht ungebildeten"[15] Papias zu ergeben. Dort findet sich folgender Artikel[16]: Contestari ad iudices, obtestari vero ad adversarios pertinet. So könnte Papias nicht geschrieben haben, wenn er etwas von der litis contestatio gewußt hätte.

II. Die älteste zweifellose und sicher datierbare Kunde von dem Wiedererwachen der litis contestatio bringt erst eine Urkunde vom Jahre 1077, deren Anfang ich im folgenden genau (auch hinsichtlich der Lücken genau) nach Muratori[17] wiedergebe:

> In Christi nomine. Breve ..... qualiter prope Civitatem Luca intus Palatium .... toris presentia bonorum Judicum, et honestorum viritum, qui subleguntur..... contestabitur inter Abbatem de Campo Majore, et generationem de Lopis de terra, que est in Veclano, atque in ejus coherentiis et finibus. Cum diu predicta lis ventilata fuisset etc.

Es ist das Verdienst von Richard Schmidt[18], in dieser Urkunde ein Zeugnis für die litis contestatio gefunden zu haben. Schmidt setzt in die Lücke vor contestabitur: lis; allerdings mit einem Fragezeichen. Dieses Fragezeichen aber darf getrost gestrichen werden. Denn aus den Worten predicta lis folgt, daß bereits von einer lis in der Urkunde die Rede war. Unter den erhaltenen Worten der Urkunde kommt vor der Wendung predicta lis kein einziges Mal lis vor. Es muß also in einer Lücke gestanden haben. In der ersten Lücke ist höchstwahrscheinlich recordationis[19] oder eine entsprechende Wendung, in der zweiten Lücke eine nähere Bezeichnung des Palatium zu ergänzen. Es bleibt also nur noch die Lücke vor contestabitur.

---

[14] Conrat, Epitome exactis regibus, S. CCCXXVI.

[15] Kantorowicz, Z. ²f. RG. XXX, S. 202.

[16] Conrat a. a. O. S. 188 Zeile 22.

[17] Antiquit. III, Col. 1095 A; Hübner Nr. 1463.

[18] Klagänderung S. 29 Anm. 2.

[19] Vgl. die Urk. bei Muratori Ant. III Col. 765 (Hübner 1348; a. 1046).

Es ergibt sich: die Urkunde bezeugt, daß im Jahre 1077 ein zwischen den Parteien vor Gericht im Anfange der Verhandlung sich abspielender Vorgang mit lis contestabitur bezeichnet wird. Daß der Schreiber der Urkunde an die litis contestatio gedacht hat, scheint zweifellos.

Hier handelt es sich nicht um ein gedankenloses Nachschreiben von Quellenworten durch den Schreiber, sondern um die Bezeichnung eines Prozeßvorganges mit einem Quellenworte kraft selbständiger Gedankentätigkeit. Deutlich ist zu erkennen, daß der Schreiber die litis contestatio im Sinne Justinians zu verstehen bemüht ist.

Die litis contestatio ist wiedererschienen. Die Form lis contestabitur läßt erkennen, daß der Schreiber der Urkunde mit der litis contestatio noch nicht sehr vertraut geworden war. Vielleicht darf man daraus schließen, daß die litis contestatio im Jahre 1077 überhaupt noch etwas Neues war.

III. Zeitlich nahe zu dieser Urkunde gehören die ersten theoretischen Schriften, die das Wiederaufleben der litis contestatio bezeugen.

1. An erster Stelle nenne ich das weitaus bedeutendste der hier in Frage kommenden Werke, die Expositio. Ich setze sie mit der herrschenden Lehre[20] in die Zeit um 1070[21].

---

[20] Boretius, Praef. S. LXXXVII, § 68 a. E. und S. LXXXIV f., § 63 f.; Brunner, RG. I², S. 562; Sohm, Inst., S. 156 a. E.; Fitting, Brachylogus, S. 40 a. E.; Bethmann-Hollweg V, S. 294; Krüger, Gesch., S. 427 (Mitte 11. Jahrh.); unentschieden Ficker III, S. 64 Anm. 1.

[21] Conrat, Gesch., S. 415 bei Anm. 4, meint, daß „die Schrift vom Jahre 1070 möglichst weit abzurücken" sei, und hält sie für ein Werk, „welches um die Wende des 11. Jahrhunderts entstanden ist." Nicht in Rücksicht kommen darf bei der Datierung die bekannte Tatsache der Pandektenbenutzung (vgl. Kantorowicz, Z.² f. RG. XXX, S. 269 Anm. 12), auf die Conrat hinweist, da es ja gerade nicht genau feststeht, wann die Pandekten wieder entdeckt worden sind (nach den von Kantorowicz, der die Zeit um 1070 annimmt, angestellten Erwägungen könnte schon das Jahr 1064, wenn nicht 1063, in Betracht kommen). Die einzigartige Expositio mag auch insofern an der Spitze aller Schriften marschieren. Gar nicht verwunderlich kann endlich eine Pandektenbenutzung in einem theoretischen Werke aus der Zeit um 1070 er-

Zwei Stellen der Expositio, in denen von der litis contestatio die Rede ist, sind mir bekannt:

a) Exp. § 2 zu Roth. 363 (362): Das Edikt handelt von dem Eintritt der Söhne in den von ihrem verstorbenen Vater bis zur Wadiation, dem Urteilserfüllungsgelöbnis, durchgeführten Rechtsstreit[22]. Dazu bemerkt die Exp. a. a. O.:

Si quis de maleficio interpellatus emendandi vel se purgandi wadiam dederit et, interim heredes reliquerit, mortuus fuerit, heredes purificationem vel compositionem illam persolvant, excepto si defunctus inde mori vel servus fieri debuit, vel si aliqua in persona eius fuit exercenda vindicta. Sin autem interpellatus non fuerit defunctus sed ab hostibus captus fuerit vel aliquo maleficio postea alterutrius servus factus fuerit,

scheinen, wenn man bedenkt, daß das erste nachweisbare Pandektenzitat aus der Praxis in das Jahr 1076 fällt (Ficker IV, Nr. 73; Hübner Nr. 1454; vgl. Savigny, Gesch. II, S. 230 f.; Conrat, Gesch., S. 67; Kantorowicz a. a. O. S. 198 und 202) — ein Jahr vor die erste Erwähnung der litis contestatio in der Praxis (oben S. 149 f.)! Es kann daher auch „die anscheinende Aufnahme einer Institutionenglosse, welche das Novum herbeizieht" (Conrat S. 415), nicht ausschlaggebend sein. Kantorowicz S. 269 sieht eine „entscheidende Unterstützung" der Lehre Conrats in der Tatsache, daß die Expositio den Codex S benutzt hat, dessen Abfassung Kantorowicz S. 218 in die Zeit um 1080 setzt. Ich kann aber mit genau demselben Recht umgekehrt argumentieren: da die Expositio um 1070 geschrieben ist, muß der Codex S (oder die hypothetische Zwischenhandschrift: Kantorowicz a. a. O.) bereits damals vorgelegen haben. Denn die scharfe Herandrängung der Entstehungszeit des Codex S an den terminus ad quem durch Kantorowicz S. 217 f. beruht auf dem von ihm angenommenen Mangel wissenschaftlicher oder praktischer Verwertung der Digesten „vor Anfang des letzten Viertels des 11. Jahrhunderts", also auf einer Annahme, die sofort unrichtig wird, sobald die Expositio noch in das dritte Viertel des Jahrhunderts verlegt werden muß. Und dies scheint mir nach der von Boretius a. a. O. vorgetragenen Argumentation auf Grund der Beschaffenheit des Codex Neapolitanus unbedingt notwendig zu sein, selbst wenn die Abfassung dieses Codex noch einige Jahre in das 12. Jahrh. hineingeschoben werden müßte (vgl. Ficker III a. a. O.). Es darf auch nicht übersehen werden, daß die Expositio noch die (erweiterte) Epitome Codicis benutzt: Krüger, Gesch., S. 427, Conrat S. 408 Anm. 3.

[22] Deutschrechtliche translatio iudicii.

heredes nichil de maleficio persolvere debent, nisi forte aliquid inde sibi devenerit. Quod in Codicis quarti libri capitulo intelligi potest: Es folgt eine wörtlich getreue Wiedergabe der l. un. Cod. Just. 4, 17, die mit den Worten: Post litis contestationem beginnt[23].

In Roth. 363 (362) und in Cod. Just. 4, 17, 1 ist von je einem kritischen Zeitpunkt die Rede: hier von dem der litis contestatio, dort von dem der Wadiation. Es leuchtet ein: Die beiden kritischen Augenblicke fallen nicht zusammen.

Dennoch sucht die Expositio eine Konkordanz herzustellen. Es liegt auf der Hand, daß der Einklang nur ein scheinbarer sein kann, und daß tatsächlich nur einer der beiden Zeitpunkte von der Expositio gewählt werden kann. Die Expositio folgt dem Codex, sie nennt als entscheidenden Zeitpunkt den Augenblick der Interpellatio, der Klagerhebung vor Gericht. Zwar nimmt die Expositio äußerlich auch die wadiatio des Edikts in ihren Text mit auf, indem sie sagt: Si quis ... interpellatus ... wadiam dederit; daß aber dennoch die interpellatio entscheidet, folgt aus dem Anfange des zweiten Satzes: Sin autem interpellatus non fuerit defunctus ...

Der Beginn der mündlichen Verhandlung, nicht die wadiatio, ist für die Expositio entscheidend. Der Codex hat über das Edictum gesiegt. — Die Konstitution läßt in der Form des Codex Justinianus nicht erkennen, welcher Zeitpunkt für die litis contestatio maßgebend sein soll. Es kann auch dahingestellt bleiben, wie die Konstitution im Jahre ihres Erlasses — 294 — zu verstehen war. Als Teil der Kodifikation Justinians dagegen wird die Konstitution nur dann richtig verstanden, wenn man die in ihr erwähnte litis contestatio auf den Beginn der mündlichen Verhandlung legt.

Wenn die Expositio trotz des Schweigens der Konstitution über Wesen und Zeitpunkt der litis contestatio die Konstitution in dem angegebenen Zusammenhange aufführt, so beweist sie damit, daß sie sich von der litis contestatio jedenfalls irgend-

[23] Vollständiger Text oben S. 76 f. Anm. 39.

eine konkrete, und zwar offensichtlich eine durch die justinianischen Verordnungen über die litis contestatio bestimmte Vorstellung gemacht hat. Hier ist es zweifellos: Das Wort litis contestatio ist nicht mehr, wie früher so oft[24], gedankenlos abgeschrieben worden. Die litis contestatio ist wieder im Gesichtskreise der Wissenschaft erschienen.

b) Liu. 106 (107) handelt von der Haftung mehrerer aus einer convenientia mit vereinbarter Vertragsstrafe. Die Expositio faßt den Fall ins Auge, daß einer der Vertragschließenden, nachdem die Strafe ihm gegenüber fällig geworden ist, stirbt:

> Si quis a convenientia per cartam a se factam se subtraxerit, heres eius pena compositionis non tenetur astrictus, precepto in quadam lege Institutionum que est: „Hoc loco ammonendi sumus", quod maleficiorum litigium, nisi lis contestata fuerit, adversus heredes non transeat. Si vero de contractu litigabitur, sive lis contestata fuerit sive non, heredi et in heredem competit. Lis namque tunc contestata esse videtur, cum iudex virorum adversariorum partes ceperit examinare, dicente Codicis tertii libri capitulo[25]: Res enim in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et actionem editam permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire ceperit."

Hier tritt das Denken über die litis contestatio noch deutlicher in die Erscheinung.

Dies zeigt sich zunächst in der Anführung der Institutionen. Diese sprechen nämlich an der angezogenen Stelle[26] gar nicht ausdrücklich von der litis contestatio, sondern nur von actiones contestatae. Die Expositio beweist durch die Verwendung

[24] Vgl. oben S. 121 f.

[25] Cod. Just. 3, 9, 1 (vgl. Boretius, Note 70 a. a. O.), dazu oben S. 105.

[26] Inst. 4, 12, 1 (vgl. Boretius, Note 69 zu dieser Stelle der Exp.).

des Wortes lis contestata, daß sie die litis contestatio hinter den Worten der Quelle erkennt.

Ebenso zeigt der mit Si vero beginnende Satz bereits einen hohen Grad der Reife.

Von der größten Bedeutung aber ist der von der Expositio unternommene Versuch einer Begriffsbestimmung der litis contestatio. Dieser Versuch läßt zweierlei mit Sicherheit erkennen: die Tatsache des Denkens über die litis contestatio und das Bestreben, die litis contestatio im Sinne Justinians zu verstehen.

2. Die fingierte Konstitution Justinians über den Rechtsgang[27], die auch in die Zeit um 1070 zu setzen sein dürfte[28], erwähnt zu wiederholten Malen die litis contestatio.

a) Zunächst in § 2[29]:

> ... et insuper faciat actor cautionem et executori litis, que cautio non excedat quantitatem XXX(VI) solidorum, quod intra duos menses contestationem litis aput iudicem facturus sit, alioquin damnum in duplum reo se restituturum, quia non aliter respondebit reus actori nisi cum predicta securitate, quamvis libellum acusationis acceperit.

Diese Stelle beruht, ebenso wie die angeführten Worte der fingierten Konstitution über die Klagformeln[30], auf Epitome Juliani CCCXXXVIII[31]. Es besteht aber ein nicht zu übersehender Unterschied zwischen beiden Literaturerzeugnissen: Die ältere „Konstitution" klammert sich ängstlich an den Wort-

[27] Herausg. von Fitting (Gualcausus, S. 122 ff.); vgl. Conrat (Gesch., S. 589 ff.), von dem ich die Bezeichnung der Schrift entlehne.

[28] Conrat (S. 340) hält die Schrift für etwa gleichalt mit der Expositio, eher für noch etwas älter, und setzt sie dementsprechend „etwa" in die Zeit „um die Wende des 11. Jahrhunderts": S. 592; vgl. auch S. 593, verbunden mit S. 545 bei Anm. 5. — Wir müssen also diese fingierte Konstitution gleichfalls auf die Zeit um 1070 verlegen. Vgl. oben S. 150 f. Anm. 20 und 21.

[29] Fitting S. 124.

[30] Oben S. 148 bei Anm. 10.

[31] Fitting a. a. O. Anm. n.

laut des Julian[32]; hier aber finden wir eine weniger große Abhängigkeit von der Vorlage. Man vergleiche die Stellen beider Konstitutionen miteinander.

b) § 3: Postquam libellum accusationis cum tanta predicta securitate reus acceperit cum ammonitione iudicis, habet XX dierum spatium, ut liceat vel recusare iudicem vel alium petere vel confiteri quod debet. transactis autem XX diebus si actor voluerit litem contestari, faciat reus securitatem sportularum litis executori et faciat securitatem pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis ...

Auch hier ergibt ein Vergleich mit den zugrunde liegenden Stellen der Epitome Juliani[33] die relative Selbständigkeit des Verfassers gegenüber der Vorlage[34]; die für uns wichtigsten Worte: si actor voluerit litem contestari scheinen sogar ganz frei gebildet worden zu sein.

c) Das wichtigste Zeugnis für die Selbständigkeit des Verfassers und für seine Vorstellung vom Wesen der litis contestatio stellt der § 7[35] der Schrift dar:

Et tunc iudex audiat ab utraque parte negotium, ita ut hec litis contestatio sit infra duos menses, postquam libellus accusationis reo datus fuerit.

Dieser Satz kann nur auf Cod. Just. 3, 1, 14, 4 und 3, 9, 1[36] beruhen. In diesen beiden Stellen lauten die entscheidenden Worte:

[32] Oben S. 148 bei Anm. 10.

[33] CLXXXIV und CCCLXVIII (vgl. Fitting a. a. O. Anm. o, p, q).

[34] Eine direkte Abweichung von der Vorlage bildet die Bestimmung, daß die Sicherheitsleistung transactis XX diebus, und nicht, wie Ep. Jul. CLXXXIV verordnet, postquam libellum accusationis exceperit, vom Beklagten zu leisten sei: vgl. Conrat S. 591 Anm. 6. Wahrscheinlich handelt es sich hier um die Nachwirkung eines alten Mißverständnisses: vgl. oben S. 139 bei Anm. 52. Diese Tatsache und der „litis executor" (vgl. oben S. 126 ff.) verlocken mich, die Heimat der Schrift in der Romagna zu suchen. Vgl. dagegen Fitting (S. 66 f.) und Conrat (S. 592), welche die Schrift für ein lombardisches Erzeugnis halten.

[35] Fitting a. a. O. S. 125 a. E.

[36] Vgl. oben S. 105.

. . . cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam . . .

lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.

Aller Wahrſcheinlichkeit nach entnimmt der Verfaſſer der fingierten Konſtitution die utraque pars der erſten (narratio und contradictio), das iudex audiat der zweiten Stelle.

Es iſt aber nicht zu verkennen, daß er ſich dem Wortlaut der Quellen gegenüber vollſtändig frei bewegt, und daß er ſich aus den Quellen eine Vorſtellung von der litis contestatio gemacht hat.

d) Im Eingange von § 8 verhält ſich der Verfaſſer gleichfalls bis zu einem gewiſſen Grade dem Texte gegenüber ſelbſtändig: er faßt eine lange Phraſe von Epitome Juliani CCCLXIX[37] kurz in die Worte: Postquam vero lis contestata fuerit zuſammen[38]. Zu viel Ehre würde man ihm aber antun, wenn man dieſe Kürzung ihm als ganz ſelbſtändige Leiſtung anrechnen wollte: er hat nur die in der Epitome den fünften Satz des Kapitels bildenden Worte: Haec, si litis contestatio facta est, in etwas veränderter Form an den Anfang geſtellt.

e) Endlich verrät der Verfaſſer am Ende von § 8[39] und

---

[37] Vgl. Fitting a. a. O. S. 125 Anm. s.

[38] Ich ſtelle zur Veranſchaulichung den Text der Epitome und der fingierten Konſtitution nebeneinander:

Jul.:	Konſt.:
Si quis per iudicialem admonitionem vel preces imperatori porrectas, et apud iudicem intimatas, ac per eum adversario manifestatas, et sub legitima disceptatione iudicis factas reum illigaverit, non liceat ei recedere a iudicio, et negotium suspensum deserere.	Postquam vero lis contestata fuerit,
Quod si hoc fecerit actor, liceat reo petere a iudice, apud quem lis contestata est, ut admoneatur actor, ut veniat in iudicium, vel procuratorem legitimum mittat.	si actor negotium suspensum deseruerit, liceat reo repetere ad iudicem apud quem lis contestata est, ut amoneatur actor, ut veniat in iudicium vel procuratorem legittimum mittat.

[39] . . . Et sit hoc, si inter laicos fuerit altercatio. si vero inter laicos et clericos de criminali tantum causa, tunc non excedat litis deceptatio spatium duorum mensium a litis contestatione.

im Eingange von § 9[40] eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der Vorlage[41].

So zeigt sich, genau wie bei der Expositio[42], die Tatsache des Denkens über die litis contestatio und das Bestreben, die litis contestatio im Sinne Justinians zu verstehen[43].

3. Die Abhandlung De accionum varietate et vita seu longitudine[44], die mit Conrat[45] für etwa gleich alt mit der eben behandelten fingierten Konstitution zu halten ist, also gleichfalls um 1070 entstanden sein dürfte[46], läßt sich in § 38[47] folgendermaßen vernehmen:

> Spacium autem et tempus omnium quas supra diximus accionum intelligi debet ante litem contestatam. nam si lis sit contestata, si quidem accio criminalis sit, non ultra biennium post litem contestatam durare connoscitur; sin autem fuerit civilis, non ultra triennium vivere consuevit.

Ein Vergleich mit den zugrunde liegenden Stellen des Codex[48] ergibt, daß der Verfasser dem Text der Quelle selb-

---

[40] Si vero reus post litem contestatam negotium deseruerit et criminalis fuerit actio, biennii meta concludatur, si vero pecuniaria, triennii fine solvatur . . .

[41] Epit. Jul. CCXCVIII, Cod. Just. 3, 1, 13; vgl. Fitting a. a. O. S. 126 Anm. u und v. — Inwieweit der Verfasser den Inhalt der Vorlage richtig wiedergibt, ist hier nicht zu erörtern.

[42] Oben S. 154.

[43] Oben unter c.

[44] Herausg. von Fitting, Juristische Schriften des früheren Mittelalters, Halle 1876, nach verschiedenen Handschriften, S. 128 ff., 165 ff., 174 ff. Vgl. Conrat, Gesch., S. 543 ff. Ich zitiere nach dem Cod. Lips. (Fitting S. 128 ff.), der nach Fitting (a. a. O. S. 63; ihm folgt Conrat a. a. O. S. 543 Anm. 4) die älteste Form der Schrift bietet.

[45] S. 593.

[46] Conrat setzt sie, wie sich bei seiner Datierung der Expos. (oben S. 150 Anm. 21) von selbst versteht, in die Zeit um 1100: vgl. Conrat S. 593, verb. mit 592 bei Anm. 1 und S. 545 bei Anm. 5, verb. mit S. 340.

[47] Fitting S. 131.

[48] Cod. Just. 9, 44, 3 und 3, 1, 13 (vgl. Fitting a. a. O. S. 131 Anm. zu § 38 und S. 170 Anm. zu § 33).

ständig gegenübersteht und den Gedanken des Vorbildes in anderer Form richtig wiederzugeben vermag. Dieser Umstand berechtigt dazu, auch diese Abhandlung als ein Zeugnis für das Wiedererwachen der litis contestatio zu verwerten. Auch hier ist sicherlich die justinianische litis contestatio gemeint.

4. Etwa gleichaltrig mit den beiden eben unter 2 und 3 erwähnten Schriften — eher etwas jünger[49] — ist die Kölner Institutionenglosse[50], die zu 2, 20, 14 folgende Gedanken vorträgt[51]:

> queritur quid utilitatis creditor habeat, cum sibi quod ei debetur legatur. hoc scilicet quia ex mutuo non nisi ex stipulatu usura non debetur, ex legato vero si mora per litis contestationem intervenerit debetur.

Man mag an der Glosse die Identifizierung der „gesetzlichen Zinsen ex mora mit den Prozeßzinsen" tadeln[52]; dennoch verrät die Glosse gerade an dieser offenbar ganz frei gebildeten[53] Stelle einen so hoch entwickelten Sinn für juristische Begriffe[54], daß gar kein Zweifel darüber möglich ist, daß der Verfasser das Wort litis contestatio mit allem Vorbedacht gebraucht hat, und daß er dabei von der Absicht geleitet wurde, das Wort im Sinne Justinians zu verwenden.

Von Anfang an ist also in Italien das Vorbild für die wiedergeborene die justinianische litis contestatio.

Inwieweit dieses Vorbild erreicht ist, soll später untersucht werden[55]. Zunächst gilt es, das Wiederauftreten der litis

---

[49] Conrat, Gesch., S. 335 bei Anm. 4, S. 340, S. 545 bei Anm. 5, S. 593, verb. mit S. 592 bei Anm. 1. Conrat S. 340 hält die Glosse für gleichaltrig mit der Expositio.

[50] Herausg. von Conrat, Archivio giuridico vol. XXXIV, Pisa 1885, S. 105 ff.

[51] Glosse Nr. 74, Archiv. giur., a. a. O. S. 115.

[52] Conrat, Gesch., S. 334, Anm. 10 zu S. 333. — Für diese Identifizierung kann sich die Glosse übrigens auf Cod. Just. 3, 32, 26 und Dig. 45, 1, 82, 2 berufen.

[53] Vgl. die von Conrat a. a. O. angeführten Stellen, die bei der Abfassung der Glosse vielleicht benutzt worden sind: Cod. Just. 6, 47, 1; 4, 32, 3; 2, 40, 3.

[54] Conrat, Archiv. giur., a. a. O. S. 123 Anm. b.

[55] Im zweiten Abschnitt dieses Kap.

contestatio in den übrigen in Frage kommenden Ländern nachzuweisen.

§ 15. In Frankreich.

In Frankreich scheint noch im Anfange des 12. Jahrhunderts die litis contestatio unbekannt zu sein.

Jedenfalls kenne ich keine Stelle im Dekret des Ivo[1], die ein Wiedererwachen der litis contestatio mit Sicherheit erkennen ließe. Zwar erscheint in der sextadecima pars gelegentlich die litis contestatio; stets aber, soweit ich sehe, im engsten Anschlusse an die antike Quelle[2], so daß trotz aller sonstigen Überlegenheit des Ivo über die Lex Romana canonice compta und die Collectio Anselmo dedicata[3] er dennoch in diesem Punkte nicht mit Sicherheit über jene älteren Werke gestellt werden kann, bei denen lediglich ein verständnisloses Abschreiben aus der Quelle anzunehmen war[4].

Wenig später aber melden sich die ersten unbestreitbaren Lebenszeichen der litis contestatio.

Das etwa zwischen 1120 und 1130 in der Provence entstandene[5] Ashburnhamer Rechtsbuch[6] dürfte in erster

[1] Decretum beati Ivonis, Ausg. von Molinaeus, Lovanii MDLXI; vgl. Conrat S. 378 ff. Das Werk ist um 1100 in Frankreich entstanden: Conrat S. 382 f.

[2] cap. 133: . . . Intra vicesimum diem litis contestatio facta nullius momenti est. Dazu Epitome Juliani CLXXXIV: . . . Nam si intra vicesimum diem litis contestatio facta est, nullius momenti est. — cap. 150: . . . disceptatio litis duorum mensium spatium non excedat, a litis contestatione numerandum. Wörtlich genau so Epit. Jul. CCXCVIII.

[3] Vgl. Conrat S. 381 f.

[4] Vgl. oben S. 121 f. — Zugunsten eines besseren Verständnisses auf seiten des Ivo mag man auf die nicht ungeschickten Kürzungen, insbesondere in c. 150 hinweisen. Er mag also wohl des Glaubens gewesen sein, daß er die Worte, die er schrieb, auch verstand. Namentlich hätte es nahe gelegen, die Worte a litis contestatione numerandum in c. 150 wegzulassen, wenn er sie nicht verstand. Oder war Ivo so ehrlich, nur dort zu kürzen, wo er zu verstehen glaubte? Sicheres wird sich nicht ermitteln lassen. — In einer Urkunde über einen von Ivo entschiedenen Prozeß (abgedruckt bei Fournier, Les officialités, S. 314 f.) kommt die litis contestatio nicht vor.

[5] Vgl. Conrat, Gesch., S. 511 ff.

[6] Vgl. Conrat, Gesch., S. 499 ff.

Linie zu nennen sein. Auch ohne Kenntnis der einzigen Handschrift[6] dieses Werkes darf ich diese Behauptung aufstellen, denn ein zweifelloses Zeugnis für das Wiedererwachen der litis contestatio findet sich in drei aus dem Ashburnhamer Rechtsbuch entlehnten[7] Kapiteln der Exceptiones Petri[8], einer nach dem Ashburnhamer Rechtsbuch und vor der Mitte des 12. Jahrhunderts gleichfalls in der Provence entstandenen[9] Schrift, die in der Hauptsache eine Kompilation aus dem Tübinger und dem Ashburnhamer Rechtsbuch ist[10] und die Texte dieser Rechtsbücher „so gut wie gar nicht" ändert[11].

Ich führe die drei in Betracht kommenden Stellen der Exceptiones Petri auf. Die in Klammern beigefügten Zahlen beziehen sich auf die entsprechenden Kapitel des Ashburnhamer Rechtsbuches[12].

1. IV, c. 3 (8):

Prius debent judices tam ordinarii, quam extraordinarii plene et diligenter excutere causam, quae agitur ante eos et post litis contestationem definitive proferre sententiam . . .

2. IV, c. 15 (65):

Omnibus est licentia, recusare extraordinarium judicem ante litem contestatam intra triginta dies ab eo, quo in jus vocatus est, si suspectus sit. Postquam vero ab utraque parte causa audiri coeperit, non datur recusandi licentia.

3. IV. c. 21 (61):

Nemo cogitur agere, vel accusare invitus, nisi postquam litem contestatus fuerit. Lis enim tunc

[7] Vgl. die Tabelle bei Conrat a. a. O. S. 520 ff., insbes. S. 526 mit den im folgenden genannten Stellen des Petrus.

[8] Ausg. von Savigny, Gesch. II, S. 321 ff.

[9] Conrat S. 529 ff.

[10] Conrat S. 517 ff.

[11] Conrat, Gesch., S. 528.

[12] Grundlage ist die oben (Anm. 7) erwähnte Tabelle bei Conrat, Gesch., insbesondere S. 526.

videtur contestata, cum iudex in iudicio per narrationem ab utraque parte causam audire coepit. Tunc enim post litem contestatam utraque pars ad iudicium venire cogitur. Unde, si actor contumaciter venire recusaverit, cogitur et per triennium, ter missis a iudice legatis, ut veniat, et si venire distulerit, tunc iudex, si causam cognoscere potuerit . . . iudicet tam pro absente quam pro praesente; . . . si vero actor praesens sit, et reus, ut dictum est, contumaciter abfuerit, praedicta observatione non praetermissa, mittatur actor in possessionem quam petit, redditis sibi impensis. Haec omnia intelligenda sunt post litem contestatam, nam ante contestationem aliter iudicatur.

Ein Vergleich dieser Kapitel mit den ihnen zugrunde liegenden Quellenstellen[13] ergibt die Selbständigkeit des Verfassers[14]. Keinen Zweifel an seinem Bestreben, die litis contestatio im Sinne Justinians zu verstehen, läßt der zweite Satz von c. 21, eine fast wörtliche Wiederholung des Schlußsatzes von Cod. Just. 3, 9, 1[15], und die Gegenüberstellung in c. 15: ante litem contestatam . . . Postquam vero . . . causa audiri coeperit, womit gleichfalls deutlich auf Cod. Just. 3, 9, 1 angespielt wird.

Ferner kommen in Betracht zwei Extravaganten des ebenfalls in der Provence[16], und zwar etwa zwischen 1120 und 1130[17] entstandenen Tübinger Rechtsbuchs[18], die in dem

[13] Vgl. die Zitate am Ende der angeführten Kapitel bei Savigny, Gesch. II, S. 405, 409, 412.

[14] NB.: des Verfassers des Textes und nicht des Kompilators der Exceptiones Petri; vgl. oben S. 160 bei Anm. 7.

[15] Die Worte: ab utraque parte beruhen gewiß auch hier wie in der fingierten Konstitution über den Rechtsgang (oben S. 155 f. unter c), auf Cod. Just. 3, 1, 14, 4.

[16] Conrat, Gesch., S. 474 ff.

[17] Conrat S. 458, 471.

[18] Darüber Conrat S. 420 ff., Ausg. des Rechtsbuchs von Conrat im Bull. III, S. 83 ff., der hier behandelten Extravaganten bei Conrat, Gesch., S. 484 f. Anm. 4.

gegen Ende des 12. Jahrhunderts verfaßten, ebenfalls provenzalischen Grazer Rechtsbuch[19] wiederkehren[20]:

7. Omnes actiones ex contractibus et quasi contractibus proficiscentes XXX annorum spacio concluduntur nisi post littem contestatam, tunc ad XL.

9. Omnis in rem actio producitur XXX annorum spacio nisi post littem contestatam. tunc enim ad XL extenditur annos computatos a tempore ultimi litigii excepta ypotecaria actione adversus debitorem vel heredem eius que sine ulla contestacione extenditur ad annos XL et in rem actione que competit religiosis domibus, quia ipso iure nulla interposita contestacione extenditur ad XL annos . . .

Es wird erlaubt sein, auch in diesen Sätzen ein Zeugnis für das Wiedererwachen der litis contestatio zu finden und anzunehmen, daß der Verfasser an die justinianische litis contestatio denkt.

Zu diesen provenzalischen Denkmälern gesellt sich der wohl zur selben Zeit wie die Exceptiones Petri und ihre Vorgänger im mittleren Frankreich[21], möglicherweise in Orléans[22], ent-

[19] Conrat S. 490 ff.

[20] Conrat S. 494 verb. mit S. 484 f. Anm. 4. Nach Conrat S. 494 a. E. deckt sich der Text des Grazer Rechtsbuchs mit dem Text der Extravaganten.

[21] Conrat, Gesch., S. 573 f.

[22] Fitting, Über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus, 1880, S. 1 ff. — Fitting gebührt der Ruhm, die von ihm selbst (Über die sog. Turiner Institutionenglosse, 1870, S. 71) anfangs noch geteilte ältere Lehre, welche Italien für das Heimatland des Brachylogus hielt, und deren Vertreter unter sich nur darüber stritten, ob Bologna, Ravenna oder Rom der Entstehungsort sei (vgl. die bei Conrat S. 573 f. Anm. 7 angeführten Literaturstellen und dazu Fitting, Institutionenglosse a. a. O.) endgültig überwunden und Frankreich als das Heimatland des Brachylogus nachgewiesen zu haben. Vgl. Kantorowicz, Z. ² f. RG. XXX, S. 256 Anm. 16. Die Gründe aber, die Fitting für die Annahme der Herkunft des Brachylogus gerade aus Orléans vorbringt, müssen, wenngleich die Annahme selbst zutreffend sein mag, mit Conrat S. 574 Anm. 1 für nicht stichhaltig erklärt werden.

standene Brachylogus iuris civilis[23], lib. IV, tit. XIII, de litis contestatione:

§ 1. Principium vero litis est litis contestatio. lis autem contestata tunc videtur, cum utraque parte praesente unus proponit, alius contradicit. § 2. Hac autem contestatione actiones, quae temporales erant, vel quae in heredem transire non poterant, seu quae iam fere praescriptione exclusae erant, et in heredem et perpetuae efficiuntur, nec ulla nisi tricennali praescriptione post litis contestationem habitam excluduntur. § 3. Hoc idem facit precum porrectio, episcopalis admonitio, et quaedam alia. § 4. Litem autem contestando res in controversiam deducitur.

Es bedarf wohl keiner näheren Ausführung darüber, daß auch hier ein selbständiges Denken über die litis contestatio und das Bestreben, die justinianische litis contestatio zur Geltung zu bringen, sich offenbart.

Das Wiederauftreten der litis contestatio in Frankreich fällt also etwa in die Mitte der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts. Auch in Frankreich ist die litis contestatio grundsätzlich als die justinianische gedacht.

Ob die neue litis contestatio wirklich der justinianischen wesensgleich war, ist eine andere Frage, die erst im zweiten Abschnitt dieses Kapitels untersucht werden soll.

§ 16. In Deutschland.

In der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts ist die litis contestatio auch in Deutschland nachweisbar. Ein in Mainz erteiltes Privileg Kaiser Friedrichs I. für die Stadt Speyer vom 27. Mai 1182[1] enthält folgenden Satz[2]:

Causam in civitate iam lite contestatam non episcopus aut aliqua potestas extra civitatem determinari compellat.

Das Privileg ist die Bestätigung eines älteren, das im

[23] ed. Böcking, Berolini MDCCCXXIX.

[1] Hilgard, Urkunden zur Geschichte der Stadt Speyer, Straßburg 1885, S. 21 ff. Nr. 18. Vgl. Riedner S. 91.

[2] Hilgard S. 22 Zeile 33 f.

Jahre 1111 von Heinrich V. der Stadt Speyer verliehen wurde[3]. In dieser älteren Urkunde lautet der Anfang des entsprechenden Satzes[4]:

Causam in civitate iam inceptam . . .

Der Unterschied zwischen beiden Privilegien[5] läßt erkennen, daß in der Zwischenzeit die litis contestatio in der Umgebung der deutschen Kaiser bekannt geworden war. Selbstverständlich darf aus der Urkunde von 1182 nicht geschlossen werden, daß die litis contestatio bereits in das von deutscher Rechtsanschauung beherrschte weltliche Gericht von Speyer, auf das sich der Satz der Urkunde bezieht, eingedrungen sei[6]. Ja, daß selbst die kaiserlichen Juristen noch nicht ganz frei mit der litis contestatio zu hantieren wußten, ergibt die syntaktische Zugehörigkeit von contestatam[7] zu causam. Man wird daher das Eindringen der litis contestatio nach Deutschland kaum viel vor 1182 ansetzen und zunächst eine Bekanntschaft mit diesem Rechtsinstitut auch nur bei einzelnen wenigen Personen an den Zentralen des weltlichen und geistlichen Lebens in Deutschland vermuten dürfen.

Erst mit dem im 13. Jahrhundert sich vollziehenden Eindringen des kanonischen Prozeßrechts in die geistlichen Gerichte Deutschlands[8] darf eine wirkliche Verbreitung der litis contestatio über Deutschland angenommen werden. Es liegt auf der Hand, daß diese Verbreitung im Westen begann und daß sie bis zur „Rezeption" auf die geistlichen Gerichte beschränkt blieb.

Die älteste mir bekannte, hier einschlagende Urkunde stammt aus dem Jahre 1226[9]. Sie betrifft einen Streit, der von

[3] Hilgard S. 17 ff. Nr. 14.

[4] Hilgard S. 19 Zeile 16 f.

[5] Auf diesen Unterschied hat bereits Riedner a. a. O. hingewiesen.

[6] Vgl. Riedner a. a. O.

[7] Daß in der Tat so zu lesen ist, ergibt sich aus der Abbildung der Urkunde in Lichtdruck bei Hilgard, am Ende des Bandes.

[8] Vgl. Riedner S. 16 ff., Ober S. 599 ff.

[9] Urkundenbuch zur Geschichte der jetzt die preußischen Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden mittelrheinischen Territorien, herausg. von Beyer, Eltester und Goerz, 1860 ff., III, S. 241 f.

Delegierten des Erzbischofs von Trier in Wetzlar entschieden wird. Die ersten Sätze lauten:

Conradus archipresbyter, Ernestus scolasticus Westflarienses iudices a domino Treverensi archiepiscopo delegati etc. Noverint tam praesentes quam futuri, quod cum inter ecclesiam de Aldenburg et parrochiam de Dalheim super silva ipsorum communi lis fuisset contestata, parrochia dicente, quod ecclesia predicta iuri suo, quod in silva eadem habebat, renunciasset propter donationem cuiusdam nemoris, quod vulgo Langenhart dicebatur, a prefata parrochia olim sibi assignatam, ecclesia vero in contrarium allegante, quod videlicet idem nemus ad petitionem duorum militum de Dalheim, qui in eadem ecclesia habitum religionis assumpserant, ecclesia in elemosinam a parrochia accepisset memorata, tandem lis ita fuit decisa, quod . . .

Unverkennbar ist die Abhängigkeit von der italienischen Schule.

Im Jahre 1237 tritt die litis contestatio zum ersten Male im bischöflichen Gerichte von Speyer[10], im Jahre 1269 zum ersten Male im Straßburger bischöflichen Offizialat[11] auf.

Nr. 301. — Ober S. 616 glaubt bereits in einem Bericht über einen Prozeß vor dem Straßburger Bischofsgericht von 1221 der Sache nach eine litis contestatio erblicken zu können. Das Wort litis contestatio wird aber nicht gebraucht. Es muß daher fraglich bleiben, ob man bei jenem Prozesse bereits tatsächlich an die litis contestatio gedacht hat.

[10] Riedner S. 24 f.: Anno domini MCCXXXVII° quinto kal. octobris iudices delegati Spirenses. Comparentibus coram nobis fratre Henrico de Nova Curia et Burchardo milite de Frisinheim dictus H. nomine ecclesie sue in Hemmenrode conquerebatur, quod idem B. decimis in Medenheim ecclesiam suam spoliaret, et super hoc lis coram nobis fuerat contestata. Dazu Riedner S. 28 bei Anm. 3 und S. 91 Anm. 3, wo weitere Zeugnisse für das Vorkommen der lit. cont. im 13. Jahrhundert.

[11] Ober S. 644: Dicit procurator — — abbatisse et conventus sti Stefani argent. contestans litem, quod decimam predictam — — abbatissa et conventus dare non debent . . . Dazu Ober S. 632 f. und S. 640. Es darf aber wohl mit Ober S. 640 angenommen werden, daß die litis contestatio, obgleich sie vor 1269 nicht ausdrücklich erwähnt

Auch hier ist die Anlehnung an die italienische Schule deutlich.

Vom Rheinland aus mag die litis contestatio in nicht allzulanger Zeit sich in den geistlichen Gerichten ganz Deutschlands Eingang verschafft haben. Ich glaube, man darf annehmen, daß diese Entwicklung im Beginn des 14. Jahrhunderts zum Abschlusse gekommen ist. Für eine solche Annahme sprechen drei Tatsachen: Die rasche Verbreitung des etwa im Jahre 1260 in Speyer umgearbeiteten[12] Ordo iudiciarius Antequam[13] über ganz Deutschland[14] und die vielleicht im engsten Zusammenhange damit stehende Einführung des Offizialats in den deutschen Bistümern[15], sowie das Vorkommen der litis contestatio in dem von Hermann von Schildesche zwischen 1330 und 1332 in Westfalen verfaßten[16] Introductorium pro studio sacrorum canonum[17], das in etwas modifizierter Gestalt von dem nach 1330 in Brandenburg entstandenen[18] Vocabularius Halensis wiederholt worden ist[19].

Im Introductorium heißt es im Artikel contestacio litis:

Contestacio litis — facta narracio, contestari litem, patet quid sit[20].

---

wird, in Straßburg dennoch schon früher bekannt war. Wenigstens scheinen die Urkunden einen solchen Schluß zu gestatten. Vgl. aber oben S. 165 Anm 9.

[12] Riedner S. 43 ff., bes. S. 55 und 60.

[13] Vgl. unten § 18 unter I 18.

[14] Riedner S. 60; vgl. die verschiedenen Städtenamen in den Handschriften: Riedner S. 48 ff.

[15] In die zweite Hälfte des 13. und in den Beginn des 14. Jahrhunderts fällt das erste Auftreten der bischöflichen Offiziale in den sächsischen Bistümern: vgl. Hilling, Die Offiziale der Bischöfe von Halberstadt im Mittelalter (72. Heft der Kirchenrechtlichen Abhandlungen, herausg. von Stutz, Stuttgart 1911), S. 20 ff., insbesondere S. 45. Der Offizial war der Träger des kanonischen Rechts (Riedner S. 21, Hilling S. 18), also auch des kanonischen Prozeßrechts.

[16] Seckel, Beiträge, S. 155 f.

[17] Seckel a. a. O. S. 129 ff., insbesondere S. 165 unter 147 und S. 172 unter 66.

[18] Seckel S. 230.

[19] Seckel S. 222 ff.

[20] Nach Seckel a. a. O. S. 228 Anm. 10 c.

Der Vocabularius Halensis läßt die Worte hinter narracio fort und fügt statt dessen an: et dicitur contestacio quasi testacio[20]. Die Verwandtschaft dieses Zusatzes des Vocabularius Halensis mit ähnlichen Äußerungen der Italiener[21] und der Umstand, daß Hermann von Schildesche seine Definition der litis contestatio dem Hostiensis[22] entnimmt, lassen die Abhängigkeit von der italienischen Schule deutlich erkennen.

§ 17. Anhang: England und Spanien.

In den voranstehenden Paragraphen ist das Wiederauftreten der litis contestatio in denjenigen Ländern, die für die Geschichte dieses Instituts im zweiten Jahrtausend in erster Linie in Frage kommen, dargestellt worden.

Es sei nur noch kurz auf England und Spanien hingewiesen:

I. Infolge einer Romreise des Erzbischofs Theobald von Canterbury, die durch einen Streit mit dem Bischof Heinrich von Wincheſter veranlaßt wurde und in die Zeit zwischen 1142 und 1144 fällt[1], kamen zum ersten Male römische Rechtsquellen und Kenner des römischen Rechts nach England. Quorum primus erat magister Vacarius[2].

Vacarius, ein Lombarde, wurde der Gründer der ersten Schule des römischen Rechts auf englischem Boden (Oxford)[3]. Hier, in England, schrieb er um 1149[4] sein Hauptwerk, den Liber ex universo enucleato iure exceptus, et pauperibus praesertim destinatus[5]. Dieses in seiner Einteilung im all-

---

[21] Vgl. unten S. 186 f.

[22] Seckel S. 165 unter 147. Dazu S. 157 ff. — Vgl. unten § 18 unter III 1, S. 182 f.

[1] Savigny, Gesch. IV, S. 417 f.; vgl. Fitting-Zdekauer, Bull. IV, S. 175, Phillips, Englische Reichs- und Rechtsgeschichte, Berlin 1827, S. 255 f., Scrutton, The influence of the roman law on the law of England, Cambridge 1885, S. 67 f.

[2] Savigny a. a. O. S. 418 und 412; vgl. Conrat S. 61.

[3] Savigny S. 420.

[4] Savigny S. 426.

[5] Savigny S. 422 ff., insbes. S. 425. — Leider ist dieses Werk, ein unicum der englischen Rechtsgeschichte, meines Wissens bis auf den

gemeinen dem Codex (im engeren Sinne, ohne die tres libri) folgende[6] Werk übergeht, wie man es von der Arbeit eines lombardischen Juristen jener Zeit nicht anders erwarten darf, die litis contestatio nicht. Die Rubrica zu III, 8 lautet: De litis contestacione[7]. Der Text ist Cod. Just. 3, 9 entnommen[8]. Dies dürfte das älteste Zeugnis für das Auftreten der litis contestatio in England sein[9].

England war so glücklich, von Vacarius den Geist der Rechtswissenschaft zu empfangen, ohne dabei auch den Stoff des von Vacarius gelehrten Rechts in sklavischer Unterwürfigkeit anzunehmen. Der vorbildliche Stolz der Engländer auf ihr heimatliches Recht wies dem fremden Rechte die Tür: Nolumus leges Angliae mutare![10] Das einheimische Recht aber wurde von Männern bearbeitet, die am römischen Rechte wissenschaftlich geschult waren.

So entstand (zwischen 1187 und 1189) das Werk von Glanvilla: Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae[11], und in der Mitte des 13. Jahrhunderts die Schöpfung

---

heutigen Tag noch nicht gedruckt worden (Savigny S. 430 hält auch einen vollständigen Abdruck mit allen Glossen für „kaum ausführbar".) Ein Index rubricarum und notae ad indicem rubricarum bei Wenck, Magister Vacarius primus iuris Romani in Anglia professor, Lipsiae MDCCCXX, S. 161 ff., 180 ff. Vgl. ferner Stölzel in Z.[1] f. RG. VI, S. 234 ff.

[6] Vgl. Stölzel a. a. O. S. 249 a. E.

[7] Wenck a. a. O. S. 164.

[8] Wenck a. a. O. und S. 216 (77). Vacarius gibt den Text der Quellen fast wörtlich wieder, wenn schon oft unter Beschränkung auf den wichtigsten Satz der Stelle: Stölzel a. a. O. S. 249.

[9] Der möglicherweise in England entstandene Ulpianus de edendo (vgl. Conrat S. 615), wo gleichfalls die litis contestatio behandelt wird (vgl. unten S. 176 unter 5), ist wahrscheinlich etwas jünger als das Hauptwerk des Vacarius.

[10] Scrutton S. 72 Anm. 3.

[11] Ich benutze die Ausgabe von 1604 (In aedibus Thomae Wight); vgl. Brunner, Überblick über die Gesch. der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen (in: v. Holtzendorf, Enzyklopädie I, 5. Aufl. S. 305 ff.), S. 339. Über Glanvilla und das röm. R. vgl. Scrutton S. 74 ff. und Biener, bei Savigny, Gesch. IV, S. 583.

Bractons: De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque[12].

Die beiden Meister zeigen gerade in der Frage der litis contestatio ihre Unabhängigkeit vom römischen Recht: Glanvilla erwähnt sie überhaupt nicht[13], Bracton nur so vorübergehend, daß man fast glauben möchte, es sei ihm aus Versehen dieses in der Schule gelernte Wort aus der Feder geflossen[14], denn an anderen Stellen kann man sich kaum des Eindrucks erwehren, daß er den Ausdruck absichtlich vermeidet[15].

[12] Ausg. Londini 1569; vgl. Brunner a. a. O. S. 339 f., Biener a. a. O. S. 583 ff., Scrutton a. a. O. S. 78 ff.

[13] Über die Reinheit des englischen Rechts bei Glanvilla vgl. Scrutton S. 77 a. E.

[14] V, 3 (de defaltis) cap. 5 § 4 (Fol. 373 b. Ausg.): Cum autem per errorem aliquando fiat mentio de tempore indebito, si ipse petens erraverit, poterit intentionem suam mutare et errorem revocare, et loqui de tempore alterius Regis usque ad litis contestationem, scilicet quousque fuerit praecise responsum intentioni petentis . . .; vgl. dazu Scrutton (S. 116 Anm. 10) und Güterbock (Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum römischen Rechte, Berlin 1862, S. 122), der mit Recht die litis contestatio hier für „völlig bedeutungslos" erklärt. — V, 5 (de except.) cap. 1 § 3 (Fol. 400): Sunt etiam quaedam (scil. exceptiones) quae visum (über den visus vgl. V, 3, cap. 8, Fol. 376 f.) sequuntur et de quibus certificari poterit tenens antequam petens ei visum fecerit, et certa res in iudicium deducatur, de qua debeat tenens respondere, ut tunc sciri possit si totam rem petitam tenuerit, vel eius partem vel etiam nihil, et sic fiat de pertinentiis. Item post visum competit exceptio si error fuerit in loco ubi res sita est, de qua agitur (;) et istae praecedunt contestationem. — III, 1 (de action.) cap. 12 § 5 (Fol. 114): Item notandum quod poenalis actio non datur in haeredes, nec transit in eos, nisi lis fuerit contestata cum defuncto. Diese Stelle ist ein Teil einer der addiciones, bei denen die Autorschaft Bractons nur wahrscheinlich, nicht aber zweifellos ist. Vgl. F. W. Maitland, Select passages from the works of Bracton and Azo; The Publications of the Selden Society VIII (London 1895), S. 213, 242 ff., insbes. S. 244 und 248.

[15] Vgl. IV, 1, cap. 18 (Fol. 183 v°): Partibus autem in iudicio comparentibus, et audito brevi per quod iudex habeat cognitionem, et confirmata persona eius, audito brevi et querela . . . V, 5, cap. 1, § 2 (Fol. 400): Item sunt quaedam exceptiones proponendae in initio litis, et in praeparatoriis iudiciorum, et ante visum petendum, ad perimendum iudicium ne procedat . . .

Die Wissenschaft des englischen Rechts hatte sich der litis contestatio verschlossen.

Nur soweit kanonisches Recht praktisch oder theoretisch betrieben wurde, mag sich die litis contestatio in England dauernd erhalten haben[16]. Denn noch das moderne englische Kirchenrecht kennt in dem Verfahren vor den geistlichen Gerichten die litis contestatio[17].

II. Nach Spanien kam das neu erwachte römische Recht erst in der Mitte des 13. Jahrhunderts: Alphons X. führte es in seinem Lande ein[18]. Er gründete im Jahre 1254 die Uni-

---

[16] Nur für die geistlichen Gerichte galt römisches (kanonisches) Recht: Bethmann-Hollweg VI, S. 124. Auch in England wurde das Offizialat (vgl. oben S. 166 Anm. 15) eingeführt: Fournier S. 5. In dem Ordo iudiciarius des Codex Bambergensis, der im Anfange der achtziger Jahre des 12. Jahrhunderts von einem englischen Geistlichen verfaßt worden ist (v. Schulte, Sitzungsberichte der philos.-hist. Klasse der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, LXX [Wien 1872], S. 285 ff., vgl. Bethmann-Hollweg VI, S. 104 f.), kommt gelegentlich die litis contestatio vor: vgl. I (v. Schulte S. 290 oben) und II (ebenda S. 292 f.). Auch in dem a. 1239 von dem Irländer Wilhelmus de Drokeda für den Gebrauch in den geistlichen Gerichten verfaßten libellus de iudiciorum ordine scheint von der litis contestatio die Rede zu sein: vgl. Bethmann-Hollweg VI, S. 123 ff., insbes. S. 127.

[17] Vgl. unten § ult. a. E.

[18] Savigny, Gesch. II, S. 81; Conrat, Gesch., S. 33. Geistliche Institute besaßen allerdings schon am Ende des 12. Jahrhunderts Handschriften justinianischer Quellen: Hinojosa, Mélanges Fitting II, Montpellier 1908, S. 398. — Die litis contestatio ist insbesondere weder dem fuero von Teruel (Ausg. von Aznar y Navarro in: Coleccion d'documentos . . . d'aragon, II, das Vorwort datiert von 1905) noch dem verwandten fuero von Cuenca (Ausg. von Allen in: Cincinnati University Studies, ser. II vol. V, Nr. 4 und vol. VI Nr. 1) bekannt. Jener fuero wurde 1176, dieser zwischen 1189 und 1211 erlassen (Vgl. Aznar y Navarro S. XIV, Allen Nr. 4 S. 7). Vgl. insbesondere Cuenca 24, 20 Satz 2: Facta manquadra (Kalumnieneid; vgl. 24, 19) respondeat adversarius concedendo aut negando; sed tamen antequam neget, aut manifestet, dicat querimoniosus quid petit, et quantum, et det racionem unde contigit illa peticio. Vgl. ferner Teruel 210 (S. 100) und Cuenca 25, 1. In allen diesen Fällen wäre sicher von der litis contestatio gesprochen worden, wenn man sie damals in Spanien schon gekannt hätte. — Auch die auf dem Tübinger Rechts-

versität Salamanca, an der Lehrstühle für römisches und kanonisches Recht errichtet wurden[19], und erließ noch in demselben Jahre oder am Anfange des nächsten den Fuero Real[20]. In diesem Gesetzbuche tritt bereits die litis contestatio auf: Lib. II, Tit. VI handelt de las respuestas porque se contestan los Pleytos[21], und in Tit. VIII desselben Buches trägt die Ley XIV die Überschrift: Como los Testigos no deben ser rescebidos ante de Pleito contestado, salvo en ciertos casos[22]. Auch in den zwischen 1256 und 1263 (65) entstandenen[23] Siete Partidas[24] findet sich die litis contestatio[25].

Damit war die litis contestatio auch in Spanien eingeführt[26].

---

buche beruhenden Teile der Usatici Barchinonae (Ausg. von Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, II, Paris 1846, S. 465 ff.) mögen vor die Mitte des 13. Jahrhunderts fallen (vgl. Hinojosa a. a. O. S. 401, Conrat, Gesch., S. 468); das Wort litis contestatio enthalten sie aber nicht (Aufzählung der betreffenden Artikel der Usatici bei Conrat S. 467 Anm. 3); überhaupt fehlt das Wort in den Artikeln 142 bis 174, die möglicherweise durchgängig Zusätze des 12. und 13. Jahrhunderts sind: Conrat S. 468 Anm. 1. — Wir denken nur an das Gebiet des heutigen Spaniens. Es kommt hier also nicht in Betracht, wenn in den 1204 entstandenen Statuten von Montpellier, welches damals zum Königreich Aragonien gehörte, die litis contestatio erwähnt wird (§ 13. Giraud a. a. O. I, pièces justif., S. 51).

[19] v. Brauchitsch, Gesch. des spanischen Rechts, Berlin 1852, S. 82.

[20] Vgl. v. Brauchitsch a. a. O. S. 83, Allen a. a. O. Nr. 4, S. 7 Anm. 1. Ausgabe des Fuero Real in: Los codigos españoles concordados y anotados, tomo primero, Madrid 1847, S. 347 ff.

[21] Pleyto = placitum (franz. plaid).

[22] Vgl. X, 2, 6: Ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem . . .

[23] Vgl. v. Brauchitsch a. a. O. S. 88, Allen a. a. O.

[24] Ausg.: Los codigos españ. II—V.

[25] III, 10, 3 a. E.: En qualquier destas maneras, que de suso diximos, que responda el demandado a la demanda que le fazen, cumple para ser començado el pleyto por demanda, e por respuesta, a que dizen en latin contestatio. — III, 26, 5: Como la sentencia es ninguna, si es dada ante del pleyto contestado . . .

[26] Vgl. ferner las Leyes del Estilo (Los codigos españ. I, S. 301 ff.; verfaßt unmittelbar nach dem Erlaß des Fuero Real; vgl. die Einleitung zur Ausg.) I und XCI und Ordenamiento de Alcala (ebenda S. 427 ff.) tit. VII: De la contestacion de los Pleytos.

Zweiter Abschnitt.

Die mittelalterliche litis contestatio.

§ 18. Das Fehlen des Fiktionsgedankens.

Die bisher besprochenen Zeugnisse haben als zweifellos bereits ergeben, daß die Wiedergeburt der litis contestatio von dem Glauben begleitet wurde, daß man in der wiedergeborenen die justinianische litis contestatio habe. Ja noch mehr! Was wußten jene Zeiten von einem grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem klassischen und dem justinianischen Recht! Erschien ihnen nicht das Werk Justinians als die eine, heilige Offenbarung des Rechts, das in den Sternen geschrieben ist?[1] Wenn sie glaubten, die justinianische litis contestatio zu haben, dann wähnten sie sich im Besitze der einen, ewigen, unvergänglichen litis contestatio.

Daß die wiedergeborene litis contestatio nicht diese ewige litis contestatio war, braucht nicht ausgeführt zu werden. Denn ein ewiges, ein für allemal Geltung beanspruchendes Rechtsinstitut gibt es nicht. Und wie lebhaft bewegt ist in der Tat die Geschichte der litis contestatio von den Anfängen bis in das Mittelalter bereits gewesen!

Für uns kann die Frage nur lauten: hat das Mittelalter wenigstens die justinianische litis contestatio wieder zum Leben zu erwecken vermocht?

Die justinianische litis contestatio war die letzte Erscheinungsform der nachklassischen litis contestatio und als solche gekennzeichnet durch den Fiktionsgedanken[2]. Sie unterschied sich

[1] Vgl. die bekannten, von Boretius, Praef. § 69 a. E. (S. LXXXVIII) aufgeführten Stellen der Expositio, in denen die lex Romana als lex omnium generalis bezeichnet wird.

[2] Oben S. 5 ff.

von früheren Erscheinungsformen der nachklassischen litis contestatio[3] lediglich durch den Zeitpunkt, in dem der fingierte Litiskontestationsvertrag als abgeschlossen galt. Dieser Zeitpunkt war für die justinianische litis contestatio der Augenblick nach narratio und contradictio, der Augenblick des audire coepisse auf seiten des Richters[4].

Wenn nunmehr untersucht werden soll, ob die im 11. Jahrhundert wiedergeborene litis contestatio tatsächlich die justinianische war, so leuchtet es ein, daß jeder, der das Wesen beider Rechtsinstitute vergleichen will, weniger Wert auf den für beide maßgebenden Zeitpunkt als auf die Frage legen wird, ob die wiedergeborene litis contestatio in demselben Sinne, wie die justinianische durch den Fiktionsgedanken ausgezeichnet war. So klar auch, nach der bloßen Fragestellung, die Antwort sein mag, so sei doch eine eingehendere Untersuchung nicht unterlassen, da ein Gelehrter wie Savigny[5] behauptet, daß das kanonische Recht den römischen Begriff der litis contestatio „unverändert" festhalte, und da man auch sonst die Behauptung von der Wesensgleichheit der justinianischen, mittelalterlichen und neuzeitlichen litis contestatio lesen kann[6].

Einige unter den im ersten Abschnitt aufgeführten ältesten Zeugnissen für das Wiederauftreten der litis contestatio könnten auf den ersten Blick die Vermutung nahe legen, daß in der Tat mit der litis contestatio auch der Fiktionsgedanke wieder erwacht sei. Enthalten doch die von der Expositio, den Exceptiones Petri (oder vielmehr dem Ashburnhamer Rechtsbuch) und dem Brachylogus gegebenen Definitionen[7] das Wort videtur, das in der justinianischen Regel den Fiktionsgedanken erkennen läßt[8].

Gerade der Umstand aber, daß das videtur aus der Quelle entnommen ist, muß uns argwöhnisch machen: Haben die Ver-

[3] Oben § 6 und § 9.
[4] Cod. Just. 3, 1, 14, 4 und 3, 9, 1; vgl. oben S. 105 a. E.
[5] System VI, S. 36.
[6] Wetzell S. 121, Albrecht S. 136.
[7] Vgl. oben S. 153, 161 oben, 163 oben (§ 1 des Zitats).
[8] Vgl. oben S. 5 a. E.

fasser jener drei Schriften das Wort mit vollem Verständnis für das Schwergewicht seiner Bedeutung dem Codex Justinians entlehnt — oder haben sie es nur, weil sie es in der Quelle vorfanden, abgeschrieben, ohne es zu verstehen?

Man wird sich unbedingt für diese zweite Möglichkeit zu entscheiden haben. Wer will in diesem ersten Vorboten der aufsteigenden Rechtswissenschaft Verständnis für den spätrömischen Fiktionsgedanken suchen? Kein Zweifel: Die Übernahme des videtur aus der Quelle bezeugt lediglich die Befangenheit und Unselbständigkeit, in der sich jene alten Schriftsteller der Quelle gegenüber noch befinden: sie verstehen das videtur nicht, wagen aber noch nicht, es fortzulassen und lediglich das zu sagen, was sie für richtig halten[9].

Den Mut zur Enthüllung seines Denkens über die litis contestatio findet aber bereits der Verfasser der fingierten Konstitution Justinians über den Rechtsgang in § 7[10]. Die Worte hec litis contestatio beziehen sich auf den Satzteil: Et tunc iudex audiat ab utraque parte negotium. Also: wenn der Richter die Vorträge beider Parteien hört, so ist dies die litis contestatio: die litis contestatio besteht in den Parteivorträgen selbst.

Der Fiktionsgedanke fehlt. Der für die Bestimmung des Zeitpunktes der fingierten litis contestatio nach justinianischem Recht maßgebende Prozeßakt wird nicht von der litis contestatio unterschieden; er wird in primitivster Weise ihr gleichgesetzt: Die litis contestatio der fingierten Konstitution ist also nicht gleich der lebendigen, sondern nur gleich der versteinerten, des Fiktionsgedankens beraubten, justinianischen litis contestatio[11].

Über diesen primitiven Standpunkt ist die ganze Wissenschaft des Mittelalters nicht hinausgekommen.

---

[9] Auch Wieding, Libellprozeß, S. 724, hält es nicht für wahrscheinlich, daß der Verfasser des Brachylogus die litis contestatio wirklich als eine fingierte betrachtet habe.

[10] Oben S. 155 unter c.

[11] Oben S. 125 bei Anm. 5.

Zum Beweise dieses Satzes lasse ich

I. zunächst einige Belege aus der Zeit zwischen etwa 1150 und 1234, dem Publikationsjahre des Liber Extra, folgen:

1. Rogerius[12], Summa Codicis[13], 3, 3[14]:

Contestatio litis tunc dicitur[15] cum iudex per narrationem et responsionem, causam negotii audire ceperit.

2. Paucapalea zu C. 2 q. 2[16]:

. . . Lis tunc dicitur[17] contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit[18].

3. Stephanus Tornacensis[19] zu C. 2 q. 2[20]:

L. C. dicitur[21], quando iudex per negotii narrationem et alterius partis responsionem primum causam audire coeperit.

4. Lo Codi, eine summa codicis in provenzalischer Sprache aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus[22], III, 10[23]:

---

[12] Vgl. Savigny, Gesch. IV, S. 194 ff.

[13] Geschrieben um die Mitte des 12. Jahrhunderts: Savigny a. a. O. S. 197.

[14] Gaudenzi, Bibliotheca iuridica medii aevi I (Bononiae MDCCCLXXXVIII) S. 40. Vgl. Richard Schmidt, Klagänderung, S. 29 Anm. 4.

[15] Nicht: videtur! Rogerius will sagen: Man spricht dann von einer l. c.

[16] Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani, herausg. von v. Schulte (Gießen 1890), S. 58. Entstanden ist die Schrift etwa in der Zeit zwischen 1144 und 1150: v. Schulte a. a. O. S. IX und Gesch. d. Quellen und Lit. des Can. R. I, S. 109.

[17] Nicht videtur! Vgl. oben Anm. 15.

[18] Vgl. Jacobi, Z.[2] f. RG. XXXIV, Kan. Abt. S. 280.

[19] 1128 (oder 1135)—1203; vgl. v. Schulte, Gesch. d. Quellen usw. I, S. 133 und: die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani, herausg. von v. Schulte (Gießen 1891), S. XXII Anm. 3. — Die Summa ist vor dem 7. September 1159 verfaßt worden: S. XX der zit. Ausg.

[20] S. 165 der Ausg. Vgl. Jacobi, Z.[2] f. RG. XXXIV, Kan. Abt., S. 280 Anm. 1.

[21] Vgl. oben Anm. 15.

[22] So der Titel der Ausg. von Hermann Fitting und Hermann Suchier, Halle a. S. 1906.

[23] S. 43.

Quomodo debeamus incipere placitum. Modo dicamus qualiter lis contestatur, id est quomodo placitum debeamus incipere. Certe post quam actor, id est ille qui petit, fecit reclamacionem suam ante iudicem et alia pars ei concessit et confirmavit quod ipse dixit, vel negavit, dicitur[24] lis contestata, id est placitum dicitur inceptum. adhuc aliter lis contestatur[25], set quia hodie non fit inter nos, ideo nichil inde dicamus.

5. Incerti auctoris ordo iudiciorum (Ulpianus de edendo)[26], S. 18 der Ausgabe[26]:

Post haec omnia[27] instituitur lis et contestatur. Fit autem hoc per narrationem utriusque partis iudice audiente.

6. Libellus de verbis legalibus[28], rubr. 8, de litis contestatione[29]:

Lis est conflictus cause. Contestatio litis est utrinque contentionis initium[30].

---

[24] Nicht: videtur. Vgl. oben Anm. 15.

[25] Dieſe Worte zeigen deutlich, daß der Verfaſſer ſich unter litis contestatio nur einen äußeren Vorgang als ſolchen vorſtellt.

[26] Herausg. von Haenel (nach einer handſchriftlichen Notiz auf dem Titelblatt des von mir benutzten Exemplars der Reichsgerichtsbibliothek Lipsiae 1838). Einen Druck der Trierer Handſchrift dieſer Abhandlung (vgl. Haenel S. XIV und XVI) veranſtaltete Warnkoenig (Gandavi MDCCCXXXV) unter dem Titel: Ordo iudiciorum. — Entſtanden iſt die Schrift nach der Vollendung des Decretum Gratiani, aber noch um die Mitte des 12. Jahrhunderts, und zwar in der Normandie oder in England: vgl. Haenel S. XXI, Bethmann-Hollweg VI, S. 65 f., Conrat S. 615.

[27] Unmittelbar vorher iſt vom Kalumnieneid die Rede.

[28] Ausg. von Fitting, Juriſtiſche Schriften des früheren Mittelalters, S. 181 ff. Vgl. Conrat, Geſch., S. 620 ff. — Die Schrift iſt jedenfalls in Frankreich (Fitting a. a. O. S. 40 und Z.[2] f. RG. VI, S. 178; Conrat, Epit. exact. reg., S. CCLXXXII, und Geſch., S. 622 Anm. 7), vielleicht in Nordfrankreich (Fitting a. a. O.) entſtanden. Sie fällt in die zweite Hälfte des 12. Jahrh.: Conrat, Geſch., S. 622 a. E.

[29] S. 184 der Ausg.

[30] Faſt wörtlich ebenſo: Excerpta codicis Vaticani reg. 435 (Ausg.: Gaudenzi, Biblioth. iur. medii aevi II, S. 132 f.), Nr. 16 (S. 133): Lis

7. Die Schrift: De verbis quibusdam legalibus[31], Nr. 4:

Lis est postquam iudex per narrationem audire cepit. Litis contestatio est cum per narrationem negocii iudex causam audire ceperit, apposita parte adversarii.

8. Epitome exactis regibus[32], 5, 57[33]:

Litem contestari dicitur ille qui inchoat litem cum adversario testato et publice. est autem litis contestatio initium contentionis et conflictus in causa.

9. Placentinus, Summa zum Codex[34], lib. III, tit. 9:

. . . Litis contestatio est negocij hincinde narratio apud iudicem. ergo multum differt a simplici postulatione, et ab actionis editione, quippe postulatio fit etiam adversario absente, editio fit etiam eo non respondente. Litis contestatio non fit, nisi adversario praesente et competenter respondente . . .

---

conflictus in causa dicitur. Contestatio litis est initium utrimque contentionis.

[31] Ausg.: Gaudenzi, Bibl. iurid. medii aevi II, S. 129 ff. — Vgl. Fitting, Juristische Schriften, S. 22 f. unt. 17; Conrat, Gesch., S. 623 f. Auch diese Schrift ist im 12. Jahrhundert entstanden: Conrat, Gesch., S. 624.

[32] Herausg. von Conrat, Berlin 1884. — Die Schrift hat nahe Beziehungen zum libellus de verbis legalibus (Fitting, Z.[2] f. RG. VI, S. 178), sie stammt wahrscheinlich ebenfalls aus Nordfrankreich (Fitting a. a. O.; Seckel, Beiträge, S. 377 Anm. 4; Kantorowicz, Z.[2] f. RG. XXX, S. 263 Anm. 8; dagegen vermutet Conrat, Epit., S. CCC, lombardischen Ursprung der Epit.) und ist vermutlich gleichfalls in der zweiten Hälfte des 12. Jahrh. entstanden (Fitting a. a. O. S. 179 ff.; Seckel a. a. O. Anm. 5; Kantorowicz a. a. O. — Conrat a. a. O. vermutet 1125).

[33] S. 68.

[34] Placentinus, in codicis Dn. Justiniani . . . summa, Moguntiae MDXXXVI. — Verfaßt ist die Summa in Montpellier (Savigny, Gesch. IV, S. 273), und zwar, wie auf Grund der von Savigny (Gesch. IV, S. 272 f. verb. mit S. 197 f. und S. 252 ff.) angeführten Tatsachen mit ziemlicher Sicherheit angenommen werden kann, um 1170.

10. Ordo judiciarius, ed. Kunstmann[35], De civilibus[36]. . . . Wenn der Beklagte im ersten Termin contendere elegerit, exigetur ab eo primo satisdare iudicio sisti . . . Post sequitur iuramentum de calumnia . . . His transactis contestabuntur litem per se ipsos, cessante adhuc advocatorum opera. Actor proponet narrationem ex ordine de facto. Inde reus proponet propulsationem.

11. Incerti auctoris Ordo iudiciarius, ed. Groß[37] (zwischen 1170 und 1190 in Paris verfaßt)[38] 1, 6[39]:

§ 2. Litis contestatio est responsio rei facta actori vel accusatori in iuditio ad eius interrogationem.

§ 3. Est autem hoc modo facienda, cum sollempnitate scilicet, ut accusator veniat coram iudice et conficiat libellum conventionalem, in quo scribat, super qua re velit convenire eum. Quo libello confecto iudex per executionem suam mittet eundem libellum reo. Reus autem statim viso libello scribit in illo, quo die oblatus sibi fuerit, quia exinde lex dat ipsi inducias viginti dierum. His transactis repraesentat se iudici et eundem sibi repraesentat et jam accusatori respondet, utrum velit cedere vel contendere.

Tali facta responsione dicitur[40] lis contestata; sic semper cum tali sollempnitate facienda est litis contestacio, nisi partibus praesentibus et consentientibus aliter fiat quandoque. Si enim actore praesente et intendente reus statim incipiat negare

---

[35] Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft II, München 1855, S. 10 ff. Nach Bethmann-Hollweg VI, S. 90 fällt die Entstehung der Schrift in die Zeit zwischen 1159 und 1181. Ihr Verfasser gehörte wahrscheinlich der kanonistischen Schule von Bologna an: Bethmann-Hollweg a. a. O.

[36] S. 17 ff.

[37] Innsbruck 1870.

[38] Bethmann-Hollweg VI, S. 94 ff.

[39] Groß S. 104 ff.

[40] Nicht: videtur! „Man spricht" dann von einer litis contestatio. Vgl. oben S. 175 Anm. 15.

respondendo, jam lis est contestata sine sollempnitate et reus nullas habebit inducias, nisi secundum arbitrium iudicis vel trium vel quatuor dierum.

12. Magistri Ricardi Anglici ordo iudiciarius[41]. De litis contestatione Rubrica[42]:

Vocati autem si respondere voluerint, respondeant, sicque fit litis contestatio.

ut C. de litis cont. l. res (es folgt die vollständige Anführung der l. un. Cod. 3, 9).

13. Johannes Bassianus[43], Libellus de ordine iudiciorum[44] § 317:

Tandem ad iudicium veniunt, sicque litis id est negotii hinc inde apud iudicem maturatio, quippe litis contestatio non fit nisi adversario presente et respondente, sed competenter, idest vel negando vel excipiendo, idest iudicio subeundo vel declinando examen.

14. Pillii Medicinensis summa de ordine iudiciorum[45] P. 2 pr.[46]:

Post haec namque lis contestatur, quae fit per narrationem actoris et responsionem rei. ut Cod. de lit. cont. 3, 9. et Cod. de iud. 3, 1 l. rem non 14 § patroni 1. Sed ita intellige, ut reus sit praesens et respondeat competenter, id est vel negando, vel excipiendo, sed non declinando iudicium.

---

[41] ed. Witte, Halis MDCCCLIII. Vgl. Bethmann-Hollweg VI, S. 105 ff. Entstehungszeit: etwa 1190. Vgl. S. VI der Ausg.; Entstehungsort wohl Bologna. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O.

[42] Witte S. 8.

[43] Lehrte „in Bologna gegen das Ende des 12. Jahrhunderts": Savigny, Gesch. IV, S. 291.

[44] Ausg.: Gaudenzi, Bibl. iurid. medii aevi II, S. 211 ff. Ein Teil der Schrift (§§ 115–136) ist die bekannte Summa quicumque vult des Jo. B. Dazu Savigny, Gesch. IV, S. 302 ff., 549 ff.

[45] Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine. ed. Bergmann. Gottingae 1842. — Geschrieben ist die Summa bald nach dem Tode Papst Cölestins III. (1198): Bergmann S. XVI; Bethmann-Hollweg VI, S. 73. Vgl. ferner Savigny, Gesch. IV, S. 341 ff.

[46] Bergmann S. 22.

15. Azo, summa codicis[47], lib. III de litis contestatione: . . . Est autem litis contestatio negocij principalis hinc inde apud iudicem facta narratio.

16. Damaſus, summa de ordine iudiciario[48] tit. 20[49]: Post hoc namque lis contestatur, quod fit per narrationem actoris et responsionem rei.

17. Tancredi Bononiensis ordo iudiciarius[50], P. 3, tit. 1[51]:

§ 1: Litis contestatio est principalis negotii apud suum iudicem hinc inde facta narratio[52] . . .

§ 2: Litis contestatio fit per narrationem et responsionem partium in iudicio factam.

18. Der Ordo iudiciarius Antequam, der lange dem Jo. Andreae zugeſchrieben wurde, wahrſcheinlich aber bereits zwiſchen 1215 und 1234 in Frankreich entſtanden iſt[53], enthält folgende Sätze:

cap. II, § 1: Finitis induciis deliberandi (nach der Klagzuſtellung) redire debet reus ad iudicium, et si non competunt ei exceptiones, per quas possit declinare, id est effugere iudicium, respondere tenetur actori super

---

[47] Maxima cum diligentia spire impressa Anno millesimo quadringentesimo octogesimo secundo per me petrum drach civem spirensem. Vgl. Savigny, Geſch. V, S. 33.

[48] ed. Wunderlich, Anecdota, S. 27 ff. — Die Entſtehung der Schrift fällt wahrſcheinlich vor das Jahr 1216: Bethmann-Hollweg VI, S. 113; vgl. auch Savigny, Geſch. V, S. 163.

[49] Wunderlich S. 67.

[50] Bergmann (vgl. oben S. 179 Anm. 45) S. 87 ff. — Der Urtext der Schrift iſt um 1214 (ſo Savigny, Geſch. V, S. 128; nach Bethmann-Hollweg VI, S. 117 „1216 oder nicht lange nachher") entſtanden, ſpäter aber wiederholt überarbeitet worden: Savigny a. a. O.

[51] Bergmann S. 196.

[52] Das ſind die Worte Azos in etwas geänderter Reihenfolge.

[53] Riedner S. 55. Nach Riedners muſtergültiger Unterſuchung iſt um 1260 (S. 58) in Speier eine zweite Faſſung dieſes ord. jud. entſtanden. In der Benennung des ordo nach ſeinem Anfangsworte folge ich Riedner (S. 44 Anm. 1). Ich benutze die Ausgabe von Wunderlich, Joannis Andreae summula de processu iudicii. Basileae MDCCCXL. Vgl. ferner Bethmann-Hollweg VI, S. 144 ff.

petitione sua affirmando vel negando, quae actor proponit contra eum. Et illa negatio sive affirmatio dicitur litis contestatio.

cap. V: . . . reus (vor Gericht) respondebit libello, dicens sic: Hoc, quod actor petit, vel proponit contra me, nego ita esse, vel confiteor ita esse. Et notandum, quod confirmatio vel negatio hujus rei dicitur litis contestatio. Unde sic diffinitur: litis contestatio est principalis negotii, id est causae apud suum iudicem hinc inde facta narratio. Fit enim litis contestatio per narrationem actoris propositam, et per contradictionem rei oppositam. Ut si dicat actor ad reum: Tu debes mihi XX marcas, et reus dicat, non debeo. Ecce per haec verba lis est contestata.

19. Nicht als unmittelbare Wechselrede zwischen den Parteien, sondern als Antworten auf Fragen des Richters erscheint die litis contestatio bei Rainerius de Perusio, Ars notaria[54], LXX, De litis contestatione: Quero a te Petre, si Martinus debet tibi hoc quod per libellum ab eo petis — Domine, sic — Et a te, Martino, si debes ei ea que a te Petrus petit — Domine, nequaquam. Diese Form der litis contestatio, die offensichtlich auf langobardischen Brauch zurückgeht[55], mag oft an Stelle unmittelbaren Verkehrs zwischen den Parteien eingehalten worden sein. Für uns kommt dieser formale Unterschied nicht in Betracht. Ist es doch deutlich, daß die litis contestatio auch für Rainerius lediglich der äußere Vorgang der (durch den Richter vermittelten) Parteierklärungen ist.

II. Nur eine Fortsetzung der Reihe unter I bilden die grundsätzlichen Äußerungen in den Dekretalen Gregors IX. über die litis contestatio:

1. X 1, 6 cap. 54, § 3:

Licet autem positiones et responsiones super pluribus

---

[54] Ausg.: Gaudenzi, Bibl. iurid. medii aevi II, S. 25 ff. Die Schrift ist wahrscheinlich zwischen 1211 und 1227 entstanden: Savigny, Gesch. V, S. 173.

[55] Vgl. die in den Formeln zum Liber Papiensis häufig auftretende Wendung: Petre, te appellat Martinus . . .

articulis factae fuerint coram vobis, quia tamen contestationem litis non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas factas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem factam contestatio litis fiat, eundem processum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nunciandum.

2. X 2, 5 (de lit. cont.) cap. un.:

. . . Procuratoribus igitur partium propter hoc in nostra praesentia constitutis, quamvis positiones et responsiones hinc inde super pluribus articulis factae fuerint coram iudicibus memoratis, quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat, processum ipsorum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nunciandum.

Noch deutlicher zeigt ſich die völlige Abweſenheit des Fiktionsgedankens in der Gloſſe a. h. l.:

Est autem litis contestatio negocij principalis hinc inde apud eundem iudicem facta narracio et subsecuta responsio ut hic sive negando sive confitendo[56].

III. Es ſeien jetzt nur noch die Definitionen der litis contestatio von zwei Gelehrten erſten Ranges angeführt:

1. Hoſtienſis[57], Summa zu den Dekretalen Gregors IX.[58], lib. II, De litis contestatione Rubrica:

---

[56] Zitiert nach einem wohl noch ins 15. Jahrhundert gehörigen Druck der Dekretalen mit Gloſſe, ohne Titelblatt, Jahr und Ortsangabe (Bibliothek des Reichsgerichts H 1367); vgl. auch die Ausgaben Lugduni (ad Salamandrae, ap. Sennetonios fratres) MDLVI und Romae (in aedibus populi Romani) MDLXXXII; ferner Hupertz S. 11.

[57] Henricus de Segusia Cardinalis Hostiensis, ſtarb 1271: v. Schulte, Geſch. der Quellen und Litt. des canon. Rechts II (1877), S. 124.

[58] Die erſte Seite der von mir benutzten Ausgabe beginnt: Incipit summa super titulis decretalium a domino archiepiscopo ebredinensi compilata; ohne Jahr und Ort, wohl 15. Jahrhundert; Reichsgerichtsbibliothek H. 2745.

Quid sit litis contestatio. principalis negocii hincinde apud iudicem facta narratio.

. . . Ideo dico quod litis contestatio est fundamentum iudicij per petitionem in iure propositam et congruam responsionem secutam animo contestandi litem factum.

2. Durantis, Speculum iudiciale[59], lib. II, Partic. II, De litis contestatione Rubrica.

§ 1 (Überschrift: Quid sit litis contestatio):

Litis contestatio est principalis negotii apud competentem iudicem facta narratio, et ad eam secuta responsio.

Weiterer Zitate aus den italienischen und französischen Juristen des Mittelalters bedarf es nicht.

Schon die bisher angeführten Stellen dürften zur Genüge gezeigt haben, wie auch die bedeutendsten Schriftsteller, wenn sie sich über die litis contestatio zu äußern hatten, in ausgefahrenen Geleisen sich bewegten. So wiederholt ein Mann vom Range des Jo. Andreae in seinen Novella in Decretales[60] (de lit. cont. Rubr. c. 1 § 4) die angeführte Definition des Hostiensis fast wörtlich genau, und noch der im 16. Jahrhundert blühende Maranta weiß nichts besseres zu tun, als die Definition der litis contestatio wörtlich von Durantis[61] abzuschreiben[62 63].

Kein Wunder, daß auch der von Muther[64] wieder

[59] Abfassungszeit: erste Ausgabe um 1271 und 1272, zweite Ausgabe 1287—1291 (Savigny, Gesch. V, S. 583 ff., vgl. Bethmann-Hollweg VI, S. 207 und 211). Ausg.: Francof. MDXCII mit dem Titel: Durandus, speculum iuris.

[60] Vgl. Savigny, Gesch. VI, S. 113 ff. — Zeit der Abfassung: bald nach 1300 (Savigny a. a. O., verb. mit S. 104; vgl. auch Bethmann-Hollweg VI, S. 237). — Ausg.: Jo. Andreae, In secundum Decretalium librum novella commentaria. Venetiis MDLXXXI.

[61] A. a. O.

[62] Speculum, quod aureum . . . vocatur . . . (Francof. a. M. MDLXXXVI) S. 266. — Geschrieben zwischen 1520 und 1525: Wetzell S. 14 Anm. 10.

[63] Vgl. ferner Hupertz, S. 11, wo weitere Zitate (aus Baldus, Panormitanus und Gratia).

[64] Muther, Joannis Urbach Processus iudicii. Halis Saxonum

zu Ehren gebrachte deutsche Jurist Joannes Urbach in seinem (um 1405 in Erfurt geschriebenen[65] processus iudicii[66] die litis contestatio lediglich wie einen äußeren Vorgang behandelt.

Kein einziges Mal tritt bei den mittelalterlichen Gelehrten der Fiktionsgedanke in die Erscheinung. Es herrscht die einmütige Überzeugung, daß der äußere Vorgang der nach justinianischem Rechte nur den Zeitpunkt der fingierten litis contestatio bestimmen sollte, die litis contestatio selbst sei[67].

Die mittelalterliche litis contestatio darf nur mit der versteinerten justinianischen litis contestatio verglichen werden[68].

MDCCCLXXIII. Vgl. ferner Landsberg(-Muther) in Gierkes Untersuch., Bd. XIII.

[65] Bethmann-Hollweg VI, S. 260 ff.

[66] cap. XXVIIII (Muther S. 156): . . . Et sic reo respondente fit litis contestatio.

[67] Treffend sagt bereits Hubertz S. 12: Etiamsi igitur commentatores et processualistae ad ius Romanum expressis verbis non relegaverint, tamen intelligamus, papam litiscontestationis naturam interpretantem a definitione a iurisconsultis Romanis proposita recedere noluisse. Apparet enim, papam vel eius consiliarios meminisse locorum l. un. C. de l. c. (3. 9) et l. 14 § 1 C. de iud. (3. 1), quibus constitutionibus quin imperatores definire minime voluerint litiscontestationis naturam, vix in dubium vocari potest. Nam utroque loco tempus, non naturam litiscontestationis terminari manifestum est. Sed cum nihil aliud nisi, quod iure Romano jam institutum esset, studerent sancire papae et anxie hujus iuris praecepta observare, factum est, ut minus dilucida esset definitio. Namque litiscontestatio non ita definitur, qualis iam tum erat, sed qualis secundum constitutiones Romanas ex interpretum iuris canonici opinione esse debebat. In processu enim Justinianeo non vere eam esse factam, sed nihil aliud fuisse, quam singularium actuum complexum, post quos fingeretur, necessario ignorabant.

[68] Vgl. oben S. 174 bei Anm. 11 und S. 125 und unten § 21. — Keine Wiederbelebung des antiken Fiktionsgedankens bedeutet die interessante Auffassung der litis contestatio als effectus verborum (der Klage und der Antwort), von der Paulus de Castro (gest. 1441; vgl. Savigny, Gesch. VI, S. 289), in primam Codicis partem (Lugduni MDLIII), de lit. cont. Rubr., berichtet: dicunt quidam quod litis contestatio est verborum conceptio, consistens in interrogatione, responsione: seu in narratione negotii, et negatione . . . Sed alii reprobant dicentes

§ 19. Die falsche Deutung des Wortes contestatio durch die mittelalterliche Doktrin als die Ursache der Eigentümlichkeiten der mittelalterlichen litis contestatio.

I. Für die Wesensbestimmung der im 11. Jahrhundert wiedererwachten litis contestatio haben die voranstehenden Ausführungen in negativer Beziehung ein sicheres Ergebnis gebracht: Das Fehlen des Fiktionsgedankens ergibt, daß trotz allen Strebens nach dem Besitze der wahren litis contestatio nicht einmal die spätrömische, geschweige denn die altrömische litis contestatio von der Doktrin des Mittelalters wieder zum Leben gebracht worden ist.

Was aber hat man sich unter „litis contestatio" gedacht? Lediglich Klage und Antwort im allgemeinen?

Nein; man verstand unter litis contestatio Klage und Antwort in ihrer Funktion als Erklärung der Streitabsicht.

Es ist nämlich wohl zu bedenken, daß die Gelehrten des Mittelalters nicht mit dem vollen Rüstzeug der humanistischen Philologie ausgestattet waren, als ihnen in den Quellen die litis contestatio begegnete. In naiver Weise vielmehr ließen sie sich über die Bedeutung der ihnen in den Quellen entgegentretenden Worte, soweit es anging, durch das ihnen von ihren Vätern überkommene Latein belehren. Wie oft mag im Mittelalter der iudex der Digesten mißverstanden worden sein! Aber wie wollte man anders in die Quellen eindringen, als indem man zunächst wenigstens ihre Worte in der gewohnten Weise verstand? Wie hätte man auf den Gedanken kommen sollen, daß die Quellen mit den vertrauten Worten einen anderen Sinn verbanden als die Menschen des Mittelalters?

---

quod litis contestatio est quidam effectus verborum praedictorum et consistit in iure: sed negatio et narratio consistunt in facto. sicut stipulatio, quae conficitur ex verbis, dicitur consistere in iure. Ideo testes deponentes, quod Titius per stipulationem mihi promisit, non probant: quia attestantur de eo quod consistit in iure. quod percipere non possunt sensu corporeo: sed potius iudicio intellectus . . . Die stipulatio sei quidam effectus iuris resultans ex verborum conceptione. qui effectus appellatur stipulatio. sicut hic appellatur contestatio.

So erging es auch der litis contestatio. Die Äußerungen des Festus über contestari litem und contestari[1] wurden zwar im 8. Jahrhundert von Paulus Diaconus abgeschrieben[2]; sie scheinen aber in der Zeit vom Wiederauftreten der litis contestatio[3] bis zum Ende des Mittelalters vollständig unbekannt gewesen zu sein. Wenigstens habe ich bei den Gelehrten dieser Zeit keine Bezugnahme darauf gefunden. Was Wunder also, wenn man contestari und contestatio nicht anders verstand, als in den früheren Zeiten des Mittelalters?

Im früheren Mittelalter bedeutete contestari häufig: „feierlich erklären"[4]. Wer mit dieser Vorstellung von contestari an die Quellen herantrat, für den mußte litis contestatio die feierliche Erklärung über die lis bedeuten.

Diese Auffassung von contestari tritt gelegentlich ganz klar in die Erscheinung:

Innocenz IV.[5], Kommentar zu den Dekretalen[6], lib. II, tit. IV, de litis contestatione[7] cap. I § 3:

> Item attende verba (:) litem contestari nihil aliud est, nisi testari, qui vult cum adversario litigare.

Cinus de Pistorio[8] zu Cod.[9] 3, 9, 1:

> . . . contestatio dicitur simul attestatio . . . ut sic se adinvicem attestentur contradicendo unus alteri sicut fit cum homines attestantur ad prelium.

---

[1] Vgl. oben S. 4 Anm. 11.

[2] Vgl. Odofred Müller, Sexti Pompei Festi de verb. signif. quae supersunt cum Pauli Epitome (Lipsiae 1839), S. 38 und 57; Bruns-Gradenwitz, Fontes II, S. 1 und 5 f.

[3] Vgl. oben den ersten Abschnitt dieses Kap.

[4] Vgl. oben S. 39 Anm. 5, S. 60 bei Anm. 6 f., S. 62 bei Anm. 18; ferner Du Cange unter contestatio 3 a. E. — Diese Bedeutung hat contestari übrigens schon im Altertum. Vgl. Voc. Jur. Rom. s. h. v. I.

[5] Gest. 1254.

[6] Commentaria Innocentii quarti pont. maximi super libros quinque decretalium. Francofurti ad Moenum MDLXX.

[7] Fol. 204.

[8] 1270 bis 1336; Savigny, Gesch. VI, S. 73 ff.

[9] Cinus super Codice cum additionibus, nach der Schlußnotiz Venet. 1493.

Bartolus[10], zu Cod.[11] 3, 9, 1 unter 11:

Litis enim contestatio dicitur a con: quod est simul: quasi simul attestatio in lite.

Baldus[12], zu Cod.[13] 3, 9, 1 unter 4:

Praeterea contestatio est simul testatio ...

Panormitanus[14], lectura über das zweite Buch der Dekretalen[15], rubr. de litis contest.:

et hoc quia iura simpliciter dicunt quod per narrationem et responsionem fit litis contestatio. nec etiam distinguunt confitendo vel negando. et hoc etiam probat ipsa significatio verbi contestari i. (lies: id est) simul testari. et ita reus qui confitetur simul attestatur super re petita.

Nr. CCCLIIII der decisiones nove der Rota Romana[16]:

... Litis contestatio nihil aliud est quam simul attestatio sive mentis declaratio volentium litigare.

Diese Beispiele zeigen, daß man contestatio als simul attestatio (testatio) verstand. Attestatio aber ist von den Juristen höchstwahrscheinlich in demselben Sinne gebraucht worden wie von Justinian, an dessen Codex sie doch geschult waren. Die Bedeutung von attestatio bei Justinian ist aber nach Hugo Krüger[17]: „Ankündigung, Anzeige, Erklärung, welche rechtliche Bedeutung hat und Rechtswirkungen äußert, sei

[10] 1314 bis 1357; Savigny, Gesch. VI, S. 140 ff.

[11] Bartoli a Saxo ferrato iuris Monarchae, In Primam Codicis partem Commentaria, Joannis Nicolai Arelatini I. U. D. cura ... MDXXXVIII.

[12] Baldus de Ubaldis, c. 1327—1400; Savigny, Gesch. VI, S. 212 ff.

[13] Baldi Ubaldi iuriscons. clarissimi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis lib. Augustae Taurinorum MDLXXVI.

[14] Gest. 1445: Friedberg S. 146 Anm. 21.

[15] Impressa Basilee per magistrum Joannem de Amerbach Anno (MCCCC) LXXXVII f.

[16] Decisiones Rotae. Ohne Ort 1546. Decisiones nove Fol. 80. Vgl. Schmidt, Klagänd., S. 71.

[17] Bemerkungen über den Sprachgebrauch der Kaiserkonstitutionen im Codex Justinianus; Arch. f. lat. Lexikographie XI (1898) S. 458 unter II 2.

sie nun schriftlich oder mündlich, eventuell vor Zeugen verlautbart; also soviel wie denuntiatio oder contestatio". Es darf nicht übersehen werden, daß Hugo Krüger gerade das Wort contestatio zur Erklärung von attestatio heranzieht, also genau umgekehrt verfährt wie die mittelalterlichen Gelehrten in den angeführten Stellen. Attestatio ist also die (feierliche, ausdrückliche) Erklärung. Der Zusatz der Rota: sive mentis declaratio beseitigt die letzten Zweifel an der richtigen Deutung des attestari und damit des contestari im Sinne des Mittelalters.

Contestari wird also in der Regel[18] als „feierlich erklären" verstanden[19]. Nach Panormitanus kann die Erklärung auf seiten des Beklagten auch eine die Erklärung des Klägers bestätigende Erklärung sein. Der Beklagte erklärt dann, nicht bestreiten zu wollen (affirmative litis contestatio[20]). Der weitaus wichtigste Fall der Erklärung des Beklagten ist die entgegengesetzte Erklärung (negative litis contestatio[20]). Dann bedeutet litis contestatio auf beiden Seiten die Erklärung der Streitabsicht[21].

---

[18] Da im früheren Mittelalter contestari auch die solenne Aufforderung bezeichnen konnte (vgl. oben S. 39 Anm. 5 und S. 62 bei Anm. 16), so erklärt es sich, wenn gelegentlich litem contestari auch in diesem Sinne verstanden worden zu sein scheint; so von dem Verfasser der Epitome exactis regibus (vgl. oben S. 177 unter 8; cum adversario testato). — Man beachte auch die Tatsache, auf die Riedner S. 91 Anm. 3 aufmerksam macht: In der Urkunde Hilgard (vgl. oben S. 163 Anm. 1) Nr. 142 (a. 1281 in Speier) findet sich folgender Passus: „Als nu der krieg uff die forderung der vorgenanten dechan und capitel redelich angehaben wart . . ." Über „angehaben" steht von gleicher Hand das Wort „erzugt" (Hilgard S. 103 Anm. 1). Riedner a. a. O. vermutet mit Recht, daß „offensichtlich erzugen Übersetzung von contestari sein soll."

[19] Ich will nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, daß das mit contestari in seiner Grundbedeutung nah verwandte deutsche Wort „zeugen" von Luther gelegentlich im Sinne von „feierlich erklären" gebraucht wird. Vgl. Ev. Joh. 13, 21.

[20] Dazu Albrecht S. 137, Wetzell S. 121. — Cinus a. a. O. (oben S. 207) will von der affirmativen litis contestatio nichts wissen: quod confessio non inducat contestationem litis.

[21] Vgl. Albrecht S. 136, verbunden mit S. 135, Hupertz S. 13 und 19 a. E., Teichmann S. 74.

II. Diese irrige Vorstellung des Mittelalters von der Bedeutung des Wortes litis contestatio ist die für das Verständnis der mittelalterlichen litis contestatio grundlegende Tatsache. Es erklären sich nämlich allein aus ihr die hauptsächlich in die Augen springenden Eigentümlichkeiten der mittelalterlichen litis contestatio, die zwar längst bekannt, nie aber, soweit ich sehe, in den richtigen Zusammenhang gebracht worden sind.

1. Da die litis contestatio nach der Vorstellung des Mittelalters die Erklärung des Streitwillens ist, wird es verständlich, daß Azo[22] in den Erklärungen der Parteien nur dann eine litis contestatio (d. h. Erklärung der Streitabsicht) erblicken will, wenn die narratio fiat ab utroque ideo ut in causa procedatur, id est ut actor probet intentionem suam, reus autem neget vel exceptionem opponat et eam probet[22]. Im gleichen Sinne hatte nach dem Zeugnis des Tancred[23] schon Pillius die intentio ut in causa procedatur gefordert. Diese intentio bezeichnete man später[24] als animus litem con-

[22] A. a. O. (oben S. 180 unter 15).

[23] A. a. O. (oben S. 180 Anm. 51) § 2 (S. 196): Et nota, dominos Azonem et Pillium sentire et dicere, litis contestationem solummodo tunc valere, quando ea intentione fit, ut in causa procedatur; dicunt enim, quia, sive reus confiteatur, sive neget, sive excipiendo factum proponat, non praeiudicat ei, dummodo litem non intendat contestari. — Eine Stelle, in der Pillius die bezeichnete intentio verlangt, ist meines Wissens nicht auf uns gekommen. Bergmann zitiert (S. 196 Anm. 11) zu den Worten des Tancred von Pillius nur die Worte aus P. 2 pr. (Bergmann S. 22): „sed non declinando iudicium."

[24] Weder Azo noch Pillius kennen meines Wissens bereits den Ausdruck animus litem contestandi. Sie behandeln das Problem vielmehr in der eben angedeuteten Weise. Die mitgeteilten Worte von Azo und Tancred ergeben, daß die von Azo und Pillius geforderte intentio lediglich auf die Durchführung des Prozesses gerichtet, Streitabsicht sein sollte. Es ergibt sich daraus, daß es nicht zutreffend ist, wenn Richard Schmidt (Klagänderung S. 32) lehrt, daß bereits Azo und Pillius (nur diese beiden können nach dem Zusammenhange unter den „beiden Glossatoren" gemeint sein) „den animus litem contestandi als rechtliche Voraussetzung" der Gültigkeit der litis contestatio hingestellt haben, und wenn Schmidt darauf die Behauptung aufbaut, daß

testandi. Der animus litem contestandi ist also der Wille, die Streitabsicht zu erklären[25].

Daß diese Deutung des animus litem contestandi das Richtige trifft, zeigt sich daran, daß Innocenz IV. im unmittelbaren Anschluß an die oben[26] angeführten Worte (litem contestari nihil aliud est, nisi testari, qui vult cum adversario litigare) fortfährt:

Sufficit ergo si animo litigandi petitioni adversarii contradicat.

Weil also litem contestari die Erklärung der Streitabsicht bedeutet, darum genügt die einfache Antwort des Beklagten auf die Klage, wenn sie mit dem Willen, zu streiten, abgegeben wird.

2. Wenn also der Kläger seine Klage und der Beklagte seinen Gegenantrag vorbringt, so ist zu vermuten, daß diese Erklärungen zugleich die Erklärung der Streitabsicht enthalten, auch wenn der animus litem contestandi nicht ausdrücklich verlautbart worden ist, ja selbst, wenn er nicht vorhanden war[27]; darum muß ein Vorbringen der Antwort vor dem Richter

---

Pillius und Azo die „Litiskontestation als einen Kontrakt der Parteien konstruieren." Daß nach Azo die litis cont. allerdings ein Quasikontrakt ist, wird sich unten (S. 197) in anderem Zusammenhange zeigen. Der animus litem contestandi aber wird erst von Bartolus mit einem Vertragswillen verglichen: vgl. unten S. 200 bei Anm. 30.

[25] Hostiensis a. a. O. (oben S. 182 f. unter III 1), Jo. Andreae a. a. O. (oben S. 183 bei Anm. 60); vgl. auch die Glosse zu X 2, 5, c. un. (Fortsetzung der oben S. 182 bei Anm. 56 zitierten Stelle): quod est ita intelligendum, ut fiat animo in causa procedendi et ea intencione directe et etiam exposito (lies: ex proposito). Unde si aliquis factum proponat coram iudice non ea mente, ut litem contestetur, sed quod respondeat salvo iure et sine praeiudicio: non tamen erit propterea litis contestatio facta, cum hoc fiat non ad iudicis interrogacionem, sed tantum suo motu. Vgl. Hupertz S. 15, Teichmann S. 74.

[26] S. 186.

[27] Vgl. die bei Richard Schmidt, Klagänderung, S. 70 Anm. 4 mitgeteilte Stelle der Statuten von Ferrara (14. Jahrh.; II, 16): si — non responderit (reus) vel respondendo negaverit, etiam si negaverit non animo litem contestandi, lis habeatur pro contestata.

quasi amico oder zu dessen vorläufiger Instruktion oder zur Begründung foridéklinatorischer Exzeptionen mit einer Protestation[28] verbunden sein, daß man nicht litem kontestieren wolle[29]. Dieses Protestieren wird meist durch protestari, von Azo aber mit contestari (!) ausgedrückt[29]. Ein Beweis für

[28] Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 338 Anm. 11, Kipp, Litisden., S. 65.

[29] Azo: (in unmittelbarem Anschluß an die oben S. 189 bei Anm. 22 zitierten Worte): Si ergo fiat responsio in principali causa, sed non ea mente, ut in causa procedat vel resistat, sed iudici ut amico vel familiari narrat negocium contestando id se facere sine praeiudicio sui, et aliqua ut declinet iudicium proponat, non erit facta contestatio litis, vel fit a reo narrato (lies: narratio) salvo iure suo. — Tancred a. a. O. (oben S. 180 Anm. 51), § 2 (S. 197 oben): . . . licet quis faciat responsionem in principali causa non ea mente, ut in causa procedat, sed iudici tamquam amico narrat factum, protestando id se facturum sine praeiudicio suo, vel si aliqua in modum exceptionis iudicium proponit declinando, non dico litem contestari per talem narrationem. — Ricardus Anglicus a. a. O. (oben S. 179 Anm. 42): „hoc autem dico litem non contestando" muß die Partei sagen. — Nach Hugolinus, dissensiones dominorum (ed. Haenel, Lipsiae MDCCCXXXIV; geschrieben im ersten Viertel des 13. Jahrhunderts: Savigny, Gesch. V, S. 253), § 122, lassen allerdings andere Gelehrte diese Protestation nicht zu: Alii dicunt, quod semper sit litis contestatio. Offenbar halten diese Gelehrten die Protestation für eine protestatio facto contraria (vgl. Windscheid-Kipp a. a. O.). Dennoch dürfte sich die Lehre des Azo durchgesetzt haben. Jedenfalls huldigen ihr außer Hostiensis [unter der oben S. 182 a. E. zitierten Rubr.; hier beruft sich H. auch ausdrücklich auf seine grundsätzlichen Ausführungen über die protestatio (de constitutionibus, § quando constitutio incipit artare, in disdinctione, quae incipit: cum quaeritur utrum protestatio valeat, et: quod si protestatio in iudicio fiat), wo er u. a. ausführt: . . . unde si propono: protestor quod nihil dico animo contestandi litem, valet.] die Glosse zum Liber Extra und Durantis (vgl. Hubert S. 16, wo in Anm. 34 weitere Anhänger genannt sind); ferner die Glosse Cum iudex] zu Cod. Just. 3, 9, 1 (Item secus si dicatur reus: respondeo sed non animo contestandi litem), Cinus a. a. O. (oben S. 186) bei: Quinto queritur, Bartolus a. a. O. (oben S. 187) Nr. 15 bis 19, wo mit besonders tiefer Begründung ausgeführt wird, daß eine solche protestatio nur dann eine protestatio facto contraria wäre, wenn der Beklagte antworten würde: respondeo negando et protestor quod non respondeo; die Hauptsache sei aber nicht die bloße Antwort,

die Richtigkeit der Ausgangsthese: contestari heißt für das Mittelalter: feierlich erklären. Es ist Synonymon von protestari.

3. Auf dieser Grundlage wird es verständlich, wenn sich in der Praxis folgende Erscheinung entwickelte: Nach dem solemnis ordo iudiciorum stellen die Parteien, wenn die figura iudicii unverkürzt zu ihrem Rechte kommen soll, ihren Antrag unter ausdrücklicher Hervorhebung des Streiterklärungswillens: Der Kläger klagt: Peto litem contestando[30], und der Beklagte bestreitet: Litem contestando nego narrata, prout narrantur, et dico petita fieri non debere[31].

Zwar wird es nicht für nötig erachtet, daß gerade die Worte litem contestari in den Anträgen der Parteien enthalten sind[32], irgendeine ähnliche Formel wird aber doch im solemnis ordo iudiciorum immer von den Parteien gesprochen[33]. Ja, der Stylus curiae kennt einen besonderen Termin ad litem

---

sondern der animus litem contestandi; und Barth. de Saliceto (gest. 1412; vgl. Savigny, Gesch. VI, S. 266; In Primum, et Secundum Codicis libros Commentaria. Venetiis MDLXXXVI) zu Cod. 3, 9, 1 Nr. 4. — Vgl. ferner Odofredus (gest. 1265; vgl. Savigny, Gesch. V, S. 362; Odofredi iuris utriusque peritissimi dicaearchi in primam Codicis partem . . . praelectiones. Lugduni MDL) a. h. l. Nr. 10 f., Baldus a. a. O. (oben S. 187), Nr. 5 und Paulus de Castro (vgl. oben S. 184 Anm. 68) a. h. l. Nr. 7.

[30] Gratia, Summa de iudiciario ordine (ed. Bergmann a. a. O. [oben S. 179 Anm. 45] S. 317 ff.; geschrieben in der Mitte des 13. Jahrhunderts, vgl. Bergmann S. XVII, Savigny, Gesch. V, S. 158 ff., Bethmann-Hollweg VI, S. 132) P. 2, tit. 1 § 1 a. E. (Bergmann S. 357). Endemann S. 53 f. Briegleb, Summ. Pr., S. 37.

[31] Durantis a. a. O. (oben S. 183 unter 2) § 2, Endemann S. 53, Briegleb a. a. O., Fournier S. 171.

[32] Vgl. die oben S. 190 angeführten Worte von Innocenz IV. und Nr. CCCCLXXII der decisiones antique der Rota Romana (vgl. oben S. 187 Anm. 16): Nota quod si pars rea respondendo libello actoris neget narrata prout narrantur et dicat petita fieri non debere, licet non addat nec dicat animo litis contestande, nihilominus censetur lis contestata. Vgl. Schmidt, Klagänd., S. 70 Anm. 3.

[33] Voll von einer Scholastik, die uns unverständlich geworden ist, ist die Erörterung der Frage, welche Antwort des Beklagten zur litis contestatio genüge, bei Durantis a. a. O.

contestandam[34]. Die litis contestatio, die feierliche Erklärung des Streitwillens, ist ein wesentlicher Bestandteil des ordentlichen Verfahrens, auf das die Parteien nicht verzichten können. Rota Romana, Decisiones nove, LXXXVIII[35]:

> In causa in qua servandus est ordo iuris: et litis contestatio necessaria (est) ad partes: huic ordini substantiali(s): et litis contestationi renunciare non possunt, quia litis contestatio est exordium et substantiale iudicii et non solum in favorem iuris privati: puta partium, sed etiam iuris publici et iudicis introductum est, cui partes renunciare non possunt.

So erzeugt die falsche Deutung des Wortes contestari durch die Juristen des Mittelalters diese Eigentümlichkeiten der mittelalterlichen litis contestatio, von denen sich die Römer nie hatten träumen lassen: die litis contestatio wird, wahrscheinlich schon im 12. Jahrhundert[36], zu einer höchst feierlichen Prozeßhandlung[37], die zum Ausdruck des Streitwillens der Parteien zu dienen bestimmt war.

III. Und nun vergleiche man diese mittelalterliche litis contestatio mit der justinianischen! Hat das Mittelalter sein klassisches Vorbild in der Tat wieder zum Leben zu erwecken vermocht? Nein! Der neuen litis contestatio fehlt die Gedankentiefe der spätrömischen. Die vollausgebildete mittelalterliche litis contestatio ist eine leere Form. Sie ist ein Beispiel für den „Scholastizismus der Rechtsbildung", der

---

[34] Richard Schmidt, Lehrbuch, S. 77.

[35] Fol. 27.

[36] Vgl. Richard Schmidt, Klagänderung, S. 31 und die dort zitierte Urkunde Ficker IV, Nr. 192, I (a. 1196) dazu Himstedt, Zeugenbeweis, S. 40 f.

[37] Vgl. Briegleb, Summ. Pr., S. 35 ff., Wach, Handbuch I, S. 28 bei Anm. 12. — Eine feierliche Prozeßhandlung war auch die versteinerte justinianische litis contestatio (oben S. 125) nicht gewesen. Albrecht S. 135 läßt sich durch das celebrari der Nov. LIII c. 3 § 2 dazu verleiten, die justinianische litis contestatio für eine „Solennität" zu halten. Celebrare bedeutet hier, wie auch sonst oft lediglich: „vornehmen". (Vgl. Heumann-Seckel s. h. v.)

nach Brunner[38] eine „allgemeine Erscheinung dieser Kulturepoche" ist.

Die psychologische Grundlage für diese Entwicklung der mittelalterlichen litis contestatio wird nirgends anders als in dem ernsten Bemühen zu suchen sein, den Prozeß nach dem Vorbilde der Quellen zu gestalten. Die mittelalterlichen Juristen lasen in den Rechtsbüchern Justinians, daß die litis contestatio die bedeutendsten Wirkungen ausübe. Darum priesen sie die litis contestatio als das fundamentum, den lapis angularis des Prozesses[39]. Darum mußte es ihnen auch in allem Ernste darum zu tun sein, dieses rätselhafte Institut ihrem Prozesse einzuverleiben. Aber so rätselhaft schien es ja gar nicht zu sein! Sagt nicht Justinian, daß die litis contestatio die narratio und die contradictio sei?[40] Und schien nicht litis contestatio die „Streiterklärung" zu bedeuten? Also brauchten die Parteien nur ihre Anträge mit dem Streiterklärungswillen zu stellen, und man hatte (wie man überzeugt war) die litis contestatio. Dann konnte man auch getrost alle Wirkungen der litis contestatio in den mittelalterlichen Prozeß aufnehmen[41]. Warum die litis contestatio alle diese Wirkungen hatte, danach fragte man in den meisten Fällen, jedenfalls in den Kreisen der Kanonisten, anscheinend gar nicht. Die Wirkungen waren ja durch die Quellen vorgeschrieben![42] Wozu also weiteres Kopfzerbrechen?

---

[38] Forschungen S. 275.

[39] Vgl. z. B. Teichmann S. 79 (Zitat aus Hostiensis), Müchel S. 113, Fournier S. 171 Anm. 6.

[40] Vgl. oben § 18.

[41] Vgl. Tancred a. a. O. (oben S. 180 Anm. 51) § 6, Hostiensis a. a. O. (oben S. 182 f. unter III 1). — Endemann S. 56, Fournier S. 173 f.

[42] Teichmann S. 80: hoc bene notandum est nullatenus apud canonistas disseri de novatione illa romana litis contestationis, rarissime de ea disseri tamquam de quasi contractu quodam nec unquam consequentias hujus notionis deduci. Adducuntur potius singuli litis contestationis effectus qui in Digestis atque in Codice hic illic exstant. Separati invicem proferuntur nullo majoris vel minoris momenti facto discrimine.

§ 20. Das Schickſal des Vertragsgedankens.

Beſſer beſtellt war die Sache nur dort, wo der Vertragsgedanke zutage trat. Allerdings hatte dieſer Gedanke zunächſt noch hart um ſeine Anerkennung zu kämpfen.

I. Bekanntlich[1] hat Accurſius[2] die Hauptſtelle der Digeſten für die Vertragsnatur der litis contestatio, den § idem scribit (15, 1, 3, 11)[3], mißverſtanden. Er hielt das iudicio contrahi für ein sententia contrahi, und zwar quasi contrahi[4].

In dieſem Sinne dürfte auch Odofredus[5] zu Dig. 15, 1, 3, 11 zu verſtehen ſein:

> In iudicio quasi contrahitur et ideo iudicati pater tenetur prime actionis origine non inspecta. In § isto dicitur: sicut si filius compromittit in arbitrum et non paret sententie arbitri: pater potest conveniri de peculio: ita si agitur cum filio et condemnatur, iudicati actione potest agi contra patrem. nam sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio quasi contrahitur.

Es iſt wohl zu beachten, daß Odofredus nur von der iudicati actio und dem parere sententie, keinmal aber von einem quasi contrahi durch die litis contestatio[6] ſpricht. Offenbar denkt auch er ſich das iudicio contrahi als ein sententia quasi contrahi.

---

[1] Wlaſſak, Litiskont., S. 60 Anm. 2.

[2] Geb. c. 1182, geſt. c. 1260: Savigny, Geſch. V, S. 268 f.

[3] Dazu oben S. 5 f. bei Anm. 17.

[4] Gl. ita iudicio contrahi] i. (lies: id est) sententia. Nota ex sententia quem obligari ex quasi contractu: ut supra de noxa. (Dig. 9, 4) [l.] quotiens et l. se.[quens] (l. 34 f.; gemeint iſt insbeſondere l. 35: tenet enim condemnatio) ar.[gumentum] contra C. de usur. rei iudi. l. fi.[nalis] (Cod. Just. 7, 54, 3) in eo quod dicit (§ 2) sortis tantum currere quadrimestres usuras non usurarum: licet sint in condemnationem deducte. accur. (zitiert nach einem Digestum vetus; nach der Schlußnotiz Venet. 1491).

[5] Vgl. oben S. 192 Anm. 29 a. E. — Domini Odofredi . . . in secundam Digesti veteris partem praelectiones . . . Lugduni MDLII.

[6] Dieſer Gedanke fehlt auch in ſeinem Kommentare zu Cod. Just. 3, 9, 1.

Ebenſo folgt noch Albericus de Rosciate[7] der Auffaſſung des Accurſius[8].

Bei den Kanoniſten ſpielt der Gedanke, daß die litis contestatio ein Vertrag oder ein Quaſikontrakt ſei, faſt das ganze Mittelalter hindurch gar keine Rolle[9].

II. Daneben aber hatte ſich ſchon lange die Lehre behauptet, daß die litis contestatio ein Quaſikontrakt ſei. Es iſt möglich, daß bereits Martinus eben jene Hauptſtelle der Digeſten (§ idem scribit) in dieſem Sinne verſtanden hat. Denn Bartolus[10] ſagt: cum decedit iam lite contest. cepit teneri defunctus ex illo quasi contractu qui celebratus est in illa litis contestatione, ut l. III § idem scribit supra de pec. merito ad heredes transibit pro hereditariis portionibus. ita dicunt Mar.[11] et alii[12].

---

[7] Starb 1354: Savigny, Geſch. VI, S. 129.

[8] Commentariorum iuris utriusque summi practici Domini Alberici de Rosate Bergomensis pars secunda super Digesto veteri. Lugduni 1545, zu Dig. 15, 1, 3, 11: . . . ibi (im Text) iudicio. i. sententia. ibi contrahi id est quasi contrahi.

[9] Vgl. oben S. 194 Anm. 42. Dazu Müchel S. 117 f. Müchel S. 118 führt nur zwei Kanoniſten auf, welche die litis contestatio als Quaſikontrakt bezeichnen, nämlich Fellinus Sandeus (1444—1503; vgl. v. Schulte, Geſch. d. Quellen u. Lit. des can. R. II, S. 350 f.) und Devoti (1744—1820; vgl. v. Schulte a. a. O. III 1, S. 528). — Zu Sandeus vgl. unten S. 201.

[10] Zu Dig. 46, 5, 2, 2, Sed et si unus unter 1 a. E.

[11] Man wird unter „Mar.“ unbedenklich den im 12. Jahrhundert lebenden und zu den quatuor doctores gehörenden Martinus verſtehen dürfen (über ihn vgl. Savigny, Geſch. IV, S. 124 ff.). Fraglich bleibt aber, wie weit das ita im letzten Satze des Bartolus zurückzubeziehen iſt.

[12] In dieſen Zuſammenhang gehört auch die Ausführung bei Bulgarus, de iudiciis (ed. Wunderlich, Anecdota quae processum civilem spectant. Gottingae MDCCCXLI, S. 7 ff.; verfaßt wohl ſchon vor Mai 1141: Kantorowicz Z. [2] f. RG. XXXI, S. 15 bei Anm. 6, vgl. ferner Savigny, Geſch. IV, S. 116, Bethmann-Hollweg VI, S. 60 f.) § 10: Vis et potestas est ex contestatione, et pronunciatione. Contestatione res novatur, non ut decedat aliquid sed ut accedat, cum temporalis actio perpetuetur, non transitura in heredes transeat, usuraria fiat, quod ante non fuerat. Pronunciatione quoque novatur res, non ipso iure sed exceptione perpetua, si reus obtineat,

Sicher ist, daß Azo den § idem scribit insofern richtig versteht, als er das iudicio contrahi auf die litis contestatio bezieht. Aber auch Azo kann sich nicht dazu entschließen, das contrahi unverändert zu übernehmen (man stelle sich auch vor, was die litis contestatio zur Zeit Azos in ihrer äußeren Erscheinung war, und unter welchen Mißverständnissen das Wort zu leiden hatte!). Auch er gibt dem contrahi die Deutung, die trotz des erwähnten Mißgriffs des Accursius und seiner Anhänger und trotz des Widerspruchs eines Donellus[13] Jahrhunderte hindurch die herrschende bleiben sollte: auch er deutet es als quasi contrahi[14].

III. Den Höhepunkt in der Entwicklung dieses Problems bezeichnet für das Mittelalter die Arbeit des Bartolus. Er vereinigt die Lehren von Azo und von Accursius miteinander in einem großen Gesamtbilde: In seinem Kommentar[15] zu Dig. 15, 1, 3, 11 (§ idem scribit) läßt der Meister[16] zunächst einen Opponenten auftreten, der sich auf Accursius beruft:

---

cum etiam actionem pariat, si actor vincat. — Vgl. ferner: Antiquissimorum glossatorum distinctiones (Gaudenzi, Bibl. iur. med. aevi II, S. 139 ff.), XXX: . . . Novatio vero necessaria est que fit per rem iudicatam, que novat quidem et perimit priorem obligationem, sed non ipso iure, sed per exceptionem. Ea vero que fit per litis contestationem priorem quoque obligationem novat, sed neque ipso iure, neque per exceptionem tollit; sed informat et meliorem facit. Nam si non erat usuraria, facit eam usurariam; si non erat perpetua vel in heredes transitoria, facit eam perpetuam vel in heredes transitoriam . . .

[13] Vgl. unten § 25 a. E.

[14] Glosse Sed si lite] zu Dig. 46, 5, 2, 2: . . . ait azo ante lit. conte. possessor non debuit, sed post litem contestatam debet **quasi** ex contractu: quod debere inter heredes divitur. arg. supra de peculio l. 3 § idem scribit (d. i. Dig. 15, 1, 3, 11. Ausg.: Digestum novum Bernardini de tridino de Monteferrato, nach der Schlußnotiz Venetiis MCCCCLXXXXIIII). — Über den Versuch von Schmidt, aus dem animus litem contestandi darauf zu schließen, daß Pillius und Azo die litis contestatio für einen Vertrag gehalten haben, vgl. oben S. 189 f. Anm. 24.

[15] Lucernae iuris Bartoli a Saxoferrato Commentaria in primam ff. Veteris partem. Joan. Nicolai Arelatini studio . . . MDXXXVII f.

[16] Unter Nr. 6.

... op. hic dicitur, quod in iudiciis contrahitur. et gloss. (Accursius!)[17] exponit: id est in sententia. Dagegen weist Bartolus auf Azo hin: contra imo videtur, quod in litis constestatione fiat quasi contractus ut not. in gl. magna in l. II de preto. stipula. Diese „große Glosse" ist die oben[18] besprochene Glosse Sed si lite] zu Dig. 46, 5, 2, 2, in der berichtet wird, daß Azo das iudicio contrahi in Dig. 15, 1, 3, 11 richtig auf die litis contestatio bezogen habe. Damit hat Bartolus den Widerspruch innerhalb der Glosse aufgedeckt. Azo gegen Accursius! Die beiden größten Autoritäten im Widerstreit!

Wie verfährt Bartolus? Kritisiert er den einen oder den anderen der beiden Großen? Nimmt er für den einen gegen den anderen Partei? Bartolus wäre kein Mann des Mittelalters gewesen, wenn er so über Autoritäten zu richten sich angemaßt hätte. Es stand von vornherein außer Zweifel, daß die Glosse immer das Richtige sagt. Die Aufgabe der Wissenschaft konnte nur sein, nachzuweisen, daß die Widersprüche zwischen den Autoritäten scheinbare sind. Die concordia discordantium ist das Ziel mittelalterlicher Geistesarbeit. Darum schlichtet Bartolus den Streit zwischen Azo und Accursius, indem er beiden recht gibt[19]:

> Solu (solutio): in iudicio sunt duo quasi contractus. unus est, qui fit per litis contestationem ... Alius[20] est quasi contractus qui fit in iudicio per sententie prolationem[21].

---

[17] Oben S. 195.

[18] Bei Anm. 14.

[19] A. a. O. vgl. oben S. 197 Anm. 15 und 16.

[20] Ebenda unter Nr. 7.

[21] Vgl. auch Bartolus zu Dig. 46, 5, 2, 2, Sed et si unus unter 2: (im unmittelbaren Anschluß an die oben S. 196 Anm. 11 mitgeteilten Worte): Sed op(ponitur) quod ista ratio non sit vera: nam in § idem scribit (Dig. 15, 1, 3, 11) dicitur quod quasi contrahitur in iudicio per sententiam non in contestatione. Respondet: ista glossa et illa dicit verum: nam per litis contestationem quis obligatur ei quod in sententia devenit. et sic in utroque casu quasi contrahitur ut probatur hac glossa coniuncta cum illa quod not.

Mit der Erkenntnis dieser beiden Quasikontrakte aber begnügt sich Bartolus nicht. Sie bilden ihm, dem großen Systematiker[22], die Grundpfeiler für eine dogmatische Erfassung des Prozesses, wie sie keinem seiner Vorgänger gelungen war[23]. Bartolus[24] führt aus:

1. Der Quasikontrakt, qui fit per litis contestationem, obligat me ipsi instantie iudici (lies: iudicii) et operatur effectum, ut postmodum iudicium in sequentibus actibus possit agitari: adeo quod post lit. contest. iudex potest procedere me absente. quiquidem iudex hoc facere non posset ante lit. contes. quia[25] ante lit. contest. super negotio principali non potest procedi ad diffinitivam ut no. in aut. qui semel[26] ... sed proceditur ad captionem pignorum et missionem in possessionem pro mensura debiti declarati ...

2. Dagegen iste quasi contractus, qui fit per actum sententie obligat me non instantie: quia iam est finita per sententie prolationem ... sed obligat me stare ei quod in sententia continetur hinc est quod ex ista sententia oritur quaedam actio iudicati seu in factum .. Cogor enim observare quod in sententia continetur. et sic bene obligor sicut quocumque contractu.

Doch auch damit noch nicht genug! In seinem Kommentar zum Codex[27] trägt Bartolus zu 3, 9, 1 unter Nr. 18 bei Behandlung der oben[28] besprochenen Protestation (daß man nicht litem kontestieren wolle) folgende Gedanken vor:

Nam, ut dixi[29], per litis contestationem inducitur

---

[22] Vgl. Sohm, Inst., S. 171 f.

[23] Wenn man will, kann man einen Anklang an die Gedanken des Bartolus bereits in den oben (S. 196 f. Anm. 12) mitgeteilten Worten des Bulgarus und der distinctiones hören.

[24] Zu Dig. 15, 1, 3, 11, Nr. 6.

[25] A. a. O. Nr. 7.

[26] Auth. zu Cod. 7, 43, 8.

[27] Vgl. oben S. 187 Anm. 11.

[28] S. 190 f. unter 2.

[29] Vgl. auch Bartolus a. a. O. unter 10. Bartolus denkt aber offenbar in erster Linie an seinen Kommentar zu Dig. 15, 1, 3, 11.

quidam quasi contractus, per quem quis obligatur instantie, ut supra dixi. Unde cum reus respondit negando, protestatur, quod non habeat animum contestandi litem, hoc est inducendi illum quasi contractum.

Bartolus ist also der Erste[30], der den animus litem contestandi mit einem Vertragswillen vergleicht. Der animus l. c. ist für ihn ein Quasi-Kontraktswille.

IV. Über Bartolus kommt das Mittelalter nicht hinaus. Die Späteren begnügen sich in der Hauptsache damit, die Gedanken dieses Gewaltigen weiter zu tragen. Baldus gibt sie in einem dürren Schema wieder[31]. Barth. de Saliceto[32] übernimmt von Bartolus den Gedanken, daß durch die litis contestatio quasi contrahitur et instantiae quis obligatur; die obligatio aber erfordert consensum et animum. Es ist also gewiß, daß für ihn, wie für Bartolus, der animus litem contestandi ein Quasi-Vertragswille ist. Paulus de Castro äußert sich gleichfalls dahin, daß die litis contestatio ein Quasikontrakt sei[33]. Er ist aber nicht entfernt ein so systematisch veranlagter Kopf wie Bartolus. Die Quasikontraktsnatur der litis contestatio erscheint bei ihm lediglich als eine der vielen Eigenschaften der litis contestatio, die in bunter Reihe, nur durch „Et" verbunden, aufgeführt werden. Zum Schluß nenne ich den meines Wissens einzigen Kanonisten des Mittelalters, bei dem die litis contestatio als

[30] Vgl. oben S. 189 f. unter 1, insbes. Anm. 24.

[31] Komm. zum Dig. vetus, MDXXXV (Schlußnotiz: Lugduni), zu Dig. 15, 1, 3, 11: glossa dicit hic: iste quasi contractus celebratur sententia . . . sed alibi glossa dicit, quod iste contractus celebratur ipsa lite contestata. ita no. infra de praetoriis stipulationibus l. II in fine in glossa magna (d. i.: die Glosse Sed si lite]: vgl. oben S. 197 Anm. 14) . . . Bartolus dicebat, quod in iudicio est duplex quasi contractus. Unus est respectu instantie per litis contestationem. Alius est respectu debiti et iste induciter per sententiam, ut hic.

[32] A. a. O. (oben S. 192 Anm. 29 a. E.) unter Nr. 4 a. E.

[33] A. a. O. (vgl. oben S. 184 Anm. 68): . . . Et per quam quasi contrahitur, ut l. III § idem scribit ff. de pecu (15, 1).

Quasikontrakt bezeichnet ist: Fellinus Sandeus[34]. Er lehrt[35]: Est quaedam principalis regula, quod post litem contestatam non potest libellus emendari, secundum omnes, ... quia contestatio habet vim quasi contractus: nam in iudicio quasi contrahitur, l. III § idem scribit ff. de pecul.[36] gl. magna in l. II § fi. ff. de preto. stip.[37] Et a quasi contractu non recedetur, ... etiamsi utraque pars consentiret[38] ...

Der Gedanke, daß die litis contestatio ein echter Vertrag sein könne, wird während des Mittelalters nicht laut[39 40].

[34] Vgl. oben S. 196 Anm. 9.

[35] Commentaria Felini Sandei Ferrarensis, ... in V. lib. Decretalium (Basileae MDLXVII), II, 3 c. 2 Nr. 14 (P. II col. 289).

[36] Dig. 15, 1, 3, 11; dazu oben S. 195 ff.

[37] Dazu oben S. 197 f. bei Anm. 14 und 18.

[38] Dazu Müchel S. 118 (daselbst im Zitat ein Druckfehler: c. 1 statt c. 2).

[39] Die Worte des Eilbert von Bremen: contracta ... lis (vgl. Bethmann-Hollweg VI, S. 111 Anm. 87) beweisen nichts dagegen, da Eilberts Werk nicht eigentlich juristischer, sondern rhetorischer Art ist (Siegel, Wiener S.B. LV, 1867, S. 531 ff.), also eine Beziehung der Worte auf die l. c. nicht anzunehmen ist.

[40] Aus der Darstellung im Text erhellt, daß der Vertragsgedanke ausschließlich auf Grund von Dig. 15, 1, 3, 11 von der Theorie entwickelt wurde, und daß er sich erst seit Bartolus durchgesetzt hat. Es ist mir aus diesen Gründen nicht möglich, der von Richard Schmidt, Klagänderung (insbes. S. 30 ff.), entwickelten Lehre zu folgen, nach der, wenn ich recht verstehe, von vornherein der Begriff der Prozeßobligation mit der litis contestatio in Zusammenhang gebracht worden ist. Daß die intentio ut in causa procedatur bei Azo und Pillius nicht mit Schmidt als Vertragswille zur Erzeugung der Prozeßobligation aufzufassen ist, wurde bereits erwähnt (oben S. 189 f. Anm. 24 und S. 197 Anm. 14). Wenn Schmidt ferner für die Zeit der Kommentatoren lehrt (Klagänd. S. 70): „Wie sehr man für die Vertragsnatur derselben" (der l. c.) „das Gefühl verlor, beweist der Umstand, daß man auf den animus litem contestandi keinen Wert mehr legte", so steht dies ebenfalls in Widerspruch mit der im Text dargestellten Tatsache, daß erst Bartolus die Lehre vom Quasikontrakt zum Siege führte, und daß erst Bartolus den animus litem contestandi als Quasi-Kontraktswillen gedeutet hat (oben S. 200 bei Anm. 30). Die Belege, die Schmidt (a. a. O. Anm. 3 und 4) dafür bringt, „daß

§ 21. Ergebnis.

Es hat sich ergeben: Die im 11. Jahrhundert in Italien wiedererwachte litis contestatio ist etwas ganz anderes, als die römische litis contestatio jemals gewesen war. Der spätrömische Fiktionsgedanke hat keine Wiederauferstehung erlebt[1], und auch der Vertragsgedanke kommt nur gebrochen (quasi contrahi!) wieder ans Licht[2]. Die neue litis contestatio ist die feierliche Erklärung der Streitabsicht im Beginn der mündlichen Verhandlung[3].

Sie ist nichts als ein Produkt der Theorie, lediglich entstanden aus dem Verlangen nach dem reinen römischen Prozesse. Dies zeigt sich besonders klar an folgender Tatsache:

Das erste mit Sicherheit datierbare Lebenszeichen der neuen litis contestatio fällt in das Jahr 1077[4]. Aus dem Jahre 1076 aber stammt das erste nachweisbare Pandektenzitat nach Jahrhunderten romanistischer Finsternis[5]. Kurz vor 1070 wird die Wiederentdeckung der Pandekten anzusetzen sein[6]. Nicht viel später liegen die ältesten Fälle des Auftretens der litis contestatio in der Literatur[7].

Es ist kein Zweifel möglich: Die durch die Wiederentdeckung der Pandekten entfesselte romanistische Wissenschaft ist die Mutter der neuen litis contestatio[8].

---

man auf den animus litem contestandi keinen Wert mehr legte", bezeugen lediglich, daß der animus litem contestandi nicht zum Ausdruck gebracht werden mußte, und daß er, wenn er nicht ausdrücklich verneint wurde, vermutet wurde (vgl. oben S. 190 Anm. 27 und S. 192 Anm. 32).

[1] Vgl. oben § 18.

[2] Vgl. oben § 20.

[3] Vgl. oben § 19.

[4] Vgl. oben S. 149 f.

[5] Vgl. oben S. 151 Anm. 21.

[6] Vgl. S. 150 Anm. 21.

[7] Vgl. oben S. 150 ff. unter III.

[8] Wach (Handbuch I, S. 27 f., insbes. Anm. 7 und 12) bringt die mittelalterliche litis contestatio in Zusammenhang mit dem deutschrechtlichen respondere, als dem deutschrechtlichen prozeßbegründenden Abschnitt. Gewiß mag die Entwicklung der mittelalterlichen litis con-

Die Praxis folgte der Theorie. Die Höhe des mittelalterlichen Prozesses (13. Jahrhundert) ist dadurch gekennzeichnet, daß die Praxis nach den Gedanken der Theorie gestaltet ist.

Wie in Deutschland vor der praktischen die theoretische Rezeption erfolgte[9], so erlebte Italien zuerst die theoretische und dann die praktische Renaissance des römischen Rechts[10].

Nur eine Renaissance, nur eine vermeintliche, keine tatsächliche Wiedergeburt. Botticelli hat eine „Verleumdung" nach einer Beschreibung gemalt, die Lucian von einem Bilde des Apelles über diesen Vorwurf gibt, und ist gewiß der Überzeugung gewesen, das klassische Ideal erreicht zu haben. Keiner, der heute das Bild des Renaissancemeisters in den Uffizien sieht, wird seine Überzeugung teilen.

Ebensowenig erreichte die mittelalterliche Doktrin das angestrebte Ziel: die Rekonstruktion des klassischen Prozesses.

Ebensowenig gleicht die im 11. Jahrhundert wieder erscheinende litis contestatio der antiken.

---

testatio durch die Stellung begünstigt worden sein, die der Antwort des Beklagten im germanischen Prozesse zukam. Man kann auch darauf hinweisen, daß in der Praxis die äußere Form von Klage und Antwort gewiß oft deutschrechtlicher Art gewesen ist. Vgl. oben S. 181 unter 19 und Odofredus a. a. O. (oben S. 192 Anm. 29 a. E.) Nr. 4: Postquam venit reus et deliberavit quod vult contendere, tunc medius iudex incipit negotium audire, et accipit iudex libellum in manu sua. et dicit actori: dic mihi: credis tu habere ius petendi secundum formam tue petitionis? dicit actor: sic. postea dicit reo: et tu credis habere ius iuste resistendi, an debes quod est petitum? dicit reus: credo habere ius resistendi: et nego me ei teneri. certe ista est litis contestatio per talem narrationem et per responsionem utriusque partis (vgl. Richard Schmidt, Klagänderung, S. 71 Anm. 1). Das treibende Element in der Entwicklung der mittelalterlichen litis contestatio war aber nicht, wie in anderen Fällen, das Bedürfnis nach der Rechtfertigung eines deutschrechtlichen Instituts durch römische Quellen, sondern allein die Sehnsucht nach dem reinen römischen Recht, deren Erfüllung man in der Weise des jener Zeit eigentümlichen scholastischen Geistes suchte (vgl. oben S. 193 a. E.).

[9] Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 258 ff.

[10] Vgl. Sohm, Inst., S. 166.

Nur mit der *versteinerten* justinianischen litis contestatio darf die mittelalterliche verglichen werden[11].

Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß sich allmählich der Gedanke vom Quasikontrakt durchsetzte[12]. Dieser Gedanke darf nicht mit dem Fiktionsgedanken verwechselt werden. Denn auch die Kommentatoren kennen den nachklassischen Fiktionsgedanken nicht; auch für die Kommentatoren bleibt fast durchgängig[13] die litis contestatio ein sinnlich wahrnehmbarer *äußerer* Vorgang, der sich aber infolge seiner vertragsähnlichen Wirkungen mit einem Vertrage *vergleichen* läßt: ein *Quasikontrakt*.

Da die feierliche litis contestatio ein Erzeugnis der *Theorie* war, so erklärt es sich, daß sie *praktisch* in den meisten Fällen nicht vollzogen wurde: In weitem Umfange bedarf es im Prozeß der italienischen *Städte* einer förmlichen litis contestatio *nicht*[14]. Ebenso schreibt die *Clem. Saepe*[15] vor, daß der iudex delegatus, dem vom Papste aufgetragen ist, in einer Sache simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii zu prozedieren, necessario libellum non exigat, *litis contestationem non postulet etc.*[16] Häufig genügt sogar die bloße *Fiktion* der litis contestatio[17]. Daß es sich

[11] Vgl. oben S. 184 § 18 a. E.

[12] Vgl. oben S. 195 ff.

[13] Eine Ausnahme bildet *Paulus de Castro*. Aber auch er kennt den Fiktionsgedanken nicht: vgl. oben S. 184 f. Anm. 68.

[14] *Wach*, Arrestprozeß, S. 182 ff., *Büchel* S. 102 f., *Schmidt*, Klagänd., S. 73 f. Anm. 1, Lehrbuch S. 81, *Himstedt*, S. 41 ff. Anm. 1.

[15] 5, 11, 2.

[16] Vgl. dazu *Briegleb*, Summ. Pr., S. 37, *Wach*, Arr., S. 180 ff., *Schmidt*, Lehrbuch, S. 80 f.

[17] Vgl. *Briegleb* S. 33, *Wach* S. 183, *Himstedt* a. a. O. — Gegen die offenbar sehr weit verbreitete Übung, die litis contestatio nur zu fingieren, wendet sich Bonifaz VIII.: c. 2 in VI^to^ de lit. cont. (2, 3): Si, oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur: *nequaquam* per hoc litis contestatio *intelligitur* esse facta; *immo*, ea non obstante, nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt, *fieri oportebit eandem* (dazu *Savigny*, System VI, S. 39). — Eine solche Fiktion der mittelalterlichen litis contestatio behandelt *Damasus*, summa de ordine iudiciario

hier nicht um eine Fiktion im Sinne der spätrömischen litis

(vgl. oben S. 180 unter 16), tit. 22: Quid tamen fit, si actor narret factum, et reus nolit respondere, qualiter consuletur actori? Respondeo, iurabit actor de calumnia, et ex quo reus non vult iurare, quia iurando satis contestaretur litem, habebitur pro confesso et condemnabitur. Damasus will also unter Umständen die solenne litis contestatio fingiert wissen, wenn nur der Kalumnieneid geleistet wird. Dieser Eid soll dann genügen zur litis contestatio, d. h. zur „Erklärung des Streitwillens". — Zu weit gehen meines Dafürhaltens die Folgerungen, die Richard Schmidt (Klagänderung, S. 30 und 36) aus den Worten des Damasus zieht. Schmidt behandelt litis contestatio und Kalumnieneid fast als fungible Größen, obgleich beide stets scharf voneinander unterschieden werden [vgl. Placentinus lib. III tit. 9; Ordo iud. ed. Groß 1, 7; Ricardus Anglicus ordo iud. de iur. cal.; Pillius, summa de ordine iudiciorium, P. 3 § 1; Io. Bassianus, ord. iud. § 320, Rain. de Perusio ars not. LXX f. Zu diesen Schriftstellern vgl. oben S. 177 ff. Die von Schmidt, Klagänderung, S. 30 Anm. 3 aufgeführten Schriften lassen den Kalumnieneid der litis contestatio vorangehen, unterscheiden aber zwischen beiden nicht weniger scharf, als dies sonst geschieht: Ulpianus de edendo (oben S. 176 unter 5), ordo iud. ed. Warnkoenig (ebenda Anm. 26), ordo iud. ed. Kunstmann (oben S. 178 unter 10)]. — Schmidt beruft sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf X 2, 27, c. 22 und behauptet, daß hier „die Wirkung der L. C. an die Leistung des dem Kalumnieneid entsprechenden iuramentum de veritate dicenda" geknüpft werde. Gewiß ist es richtig, daß das Wort iuramentum de veritate dicenda mitunter auch zur Bezeichnung des Kalumnieneides gebraucht wird (vgl. X 1, 6, c. 54 § 2; dazu Briegleb, Summ. Pr., S. 39). In der genannten Dekretale handelt es sich aber nicht um einen ordentlichen Rechtsstreit, sondern um einen Inquisitionsprozeß (wiederholt kommt „inquisitio" vor) wegen Meineid, Simonie usw. Es werden Zeugen vernommen, die als conspiratores verdächtigt werden (daß die Zeugen als conspiratores verdächtigt werden, folgt aus den Worten bei Anm. 30 und bei Anm. 38 bis 40 der Friedbergschen Ausg.; zu dem deposuisse nach Anm. 40 vgl. weiter oben: Depositiones . . . testium). Auf diese Inquisitionszeugen beziehen sich die Worte, die Schmidt allein im Auge haben kann (bei Anm. 44): iuramenta tamen ipsorum (nämlich der conspiratores) de veritate dicenda. — Daraus folgt: das iuramentum de veritate dicenda ist hier der Eid der Inquisitionszeugen, nicht der Kalumnieneid. Abgesehen davon finde ich aber in der Dekretale keinen Anhalt für die Behauptung von Schmidt, daß die Wirkung der litis contestatio an diesen Eid geknüpft werde. Im Gegenteil! Der angeklagte Abt beschwert sich darüber, daß die iudices lite non con-

contestatio[18], sondern lediglich um die Fiktion der feierlichen mittelalterlichen litis contestatio handelt, braucht nur gesagt zu werden[19].

testata in ipso iudicio processerunt. Darauf erwidern seine Gegner: Praeterea non oportuit ut coram illis iudicibus fierit litis contestatio, quum per utriusque partis procuratores olim lis fuerit apud sedem apostolicam super eisdem articulis contestata, maxime quum non sit ea subtilitas in inquisitionibus attendenda ut litis contestatio necessario requiratur.

[18] Vgl. oben S. 5 ff. und S. 172 ff.

[19] Nichts mit dieser Fiktion zu tun hat eine von Richard Schmidt (Klagänderung, S. 30 Anm. 1 und Text dazu) in diesem Sinne verstandene Stelle der Statuten von Nizza, rubr. de induciis dandis (Monumenta Historiae Patriae, edita iussu regis Caroli Alberti, tom. II, leges municip. tom. I, Augustae Taurinorum MDCCCXXXVIII, Col. 50d): postquam pignus bandi habuero ab utraque parte, tenebo litem contestatam. Aus dem Zusammenhange, in dem Schmidt diese Stelle verwendet, ergibt sich, daß er sie in folgendem Sinne versteht: „Wenn mir das pignus bandi (eine prozessuale Sicherheit; vgl. Wach, Arr.-pr., S. 219 Anm. 6) von beiden Parteien gestellt sein wird, dann werde ich die lis für kontestiert halten." — Gewiß ist es Schmidt unbedingt einzuräumen, daß man diese Worte an sich wohl so übersetzen könnte. Tenere kommt im Sinne von „für etwas halten" im mittelalterlichen Latein vor (vgl. Du Cange unter Tenere 5). Es würde damit also gesagt sein, daß die litis contestatio als in der Sicherheitsleistung enthalten betrachtet werde. Danach würde die litis contestatio im Augenblicke der Sicherheitsleistung fingiert werden. Diese Auffassung kann aber nicht zutreffend sein. Denn nur zwei Zeilen trennen die eben behandelten Worte der Statuten von Nizza von folgendem Passus: et ante litis contestationem pignus bandi ab utraque parte accipiam. Diese Worte können nur den einen Sinn haben: litis contestatio und Sicherheitsleistung sind nicht gleichzeitig! Zuerst erfolgt die Sicherheitsleistung und dann erst die litis contestatio. — Wie aber sind jene ersten Worte zu verstehen? Antwort: tenere heißt hier nicht: „für etwas halten", sondern: „abhalten", „den Vorsitz bei etwas führen" (vgl. Du Cange unter Tenere 10: Tenere campum duelli bedeutet duello praeesse, praesidere; tenere Chorum: cantantium choro praeesse usw.). Die fraglichen Worte bedeuten also: „Wenn beide Parteien die Sicherheit geleistet haben werden, dann werde ich — die Zeremonie der litis contestatio abhalten, d. h. dann werde ich die Parteien die feierliche litis contestatio (vgl. oben S. 193) vor mir vollziehen lassen." Es handelt sich hier also nicht um eine nur fingierte litis contestatio.

Die Folge dieser Abneigung der Praxis gegen die feierliche litis contestatio war, daß die litis contestatio mit dem Niedergange des klassischen mittelalterlichen Prozesses ihre Zweiseitigkeit mehr und mehr verlor. Die Mitwirkung des Klägers bei ihrem Vollzuge trat zurück hinter der des Beklagten. In der letzten Zeit des Mittelalters ist die litis contestatio tatsächlich nur noch die Antwort des Beklagten, seine Einlassung auf die Klage[20].

Trotz aller Schwankungen in Theorie und Praxis, und selbst trotz der Gedankenarbeit eines Bartolus, blieb die litis contestatio das mißlungene Produkt des von der Theorie ausgehenden Strebens nach der antiken, der vermeintlich ewigen, unveränderlichen[21] litis contestatio. Sie blieb die Erklärung der Streitabsicht.

[20] Vgl. Albrecht S. 140 und 148, Büchel S. 100 ff., Hupertz S. 26 ff., Schmidt, Klagänd., S. 71. — Zu bemerken ist, daß schon der ordo iud. ed. Groß (oben S. 178 unter 11) lediglich die responsio rei für die litis contestatio hält. Dazu Bethmann-Hollweg VI, S. 100. — Über die schriftliche und eventuell litem kontestierende Antwort des Beklagten vgl. Paulus de Castro sup. Cod. de lit. cont., Rubr. (vgl. oben S. 184 Anm. 68) Nr. 3.

[21] Vgl. oben S. 172.

Dritter Abschnitt.

Die litis contestatio der Neuzeit.

§ 22. Die deutsche Praxis bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts.

Eine nennenswerte Veränderung bewirkt die Neuzeit im Wesen der litis contestatio nicht. Nur das Anwendungsgebiet der litis contestatio erfährt eine Ausdehnung: mit dem italienischen Prozeßrechte dringt die italienische litis contestatio auch in die weltlichen Gerichte Deutschlands ein[1].

Auch bei der litis contestatio der Neuzeit fehlt der Fiktionsgedanke. Durchgängig ist für die deutschen Prozessualisten, einerlei ob sie zu den süddeutschen Praktikern[2], ob

[1] In die geistlichen Gerichte Deutschlands kommt die litis contestatio schon im 13. Jahrhundert. Vgl. oben § 16 S. 164 f.

[2] Über diese vgl. Stintzing I, S. 573 ff., dem ich die Jahreszahlen entnehme: Fabricius (gest. 1526), Processus iudiciarius (mit anderen Schriften zusammen herausg. von Gobler, Basileae. Datum der Vorrede: 1541), Rubr. De litis contestatione (S. 64): . . . Per affirmationem actorum, et negationem rei, seu petitionem in iure propositam, et responsionem rei factam fit litis contestatio. — Perneder (gest. 1540), Gerichtlicher Prozeß (mit einer Vorrede des hochgelerten Herrn Wolffgang Hunger, Ingolstadt MDXLIX, vgl. Stintzing I, S. 573), 4. Teil, Rubr. De litis contestatione. Von verfahung oder bevestigung des kriegs (Fol. LIII v.o): Die litiscontestation / das ist die kriegsbevestigung / ist anderes nichts dann so die hauptsachlich forderung oder klag / vor ordenlichem gericht mit einem angehengten begeren / durch den klager erzelt / und vom beklagten darauff / mit widersprechen oder mit gesteen etc. geantwortet wirdet . . . — Gobler (gest. 1569), Der gerichtlich Proceß (am Schluß der Vorrede: Datum Franckfurt den ersten Septembris Anno 1562), Erster Teil, Rubr. Von der Kriegsbefestigung (Fol. XXXVIII): . . . Kriegsbefestigung geschicht / so der Kläger auff oder inn seiner übergebenen Klag den Krieg Affirmative, das ist / durch sein Ja / durch disc unnd dergleichen wort befestigt: Ich

sie zu den Prozessualisten des sächsischen Rechtsgebiets[3], oder ob sie zu den Kameralisten[4] gehören, die litis con-

sag / daß das fürbringen in meiner klag begriffen / war sei / unnd nach innhalt meiner beger geurteylt werden soll / Und dargegen der Beklagt den Krieg durch sein neyn conteſtiert / auff diſe meynung: Ich N. inn meynunge den Krieg Negative zu befeſtigen / geſtehe des Gegentheyls Klage / in maſſen die geſetzt / nit / verhoffe ſie werde zu Recht nit gnug bewieſen / Beger mich von demſelben / mit erſtattung koſtens und ſchadens / in Recht ledig zuerkennen (nicht unintereſſant iſt die Vorſtellung, die Gobler von affirmativer und negativer litis contestatio (vgl. oben S. 188) hat: vgl. dazu Müchel S. 109 ff. und unten S. 212 Anm. 17).

[3] Chilian König (geſt. 1526; vgl. Stintzing I, S. 560), Processus und Practica der gerichtsleuffte / nach dem gebrauch Sechſiſcher Landart / aus den gemeinen Bäpſtlichen / Keiſerlichen und Sechſiſchen Rechten (MDXLI, 4°, nach der Schlußnotiz: Leipzig), cap. LX: . . . Und darumb iſt die befeſtunge des krieges nichts anders / denn eine erzelunge des geſchichts / mit einer bitt / fur dem bequemen (Überſetzung von competens?) Richter / mit folgender Antwort . . . — Termineus (16. Jahrhundert, vgl. Stintzing I, S. 564), Processus iuris scripti (s. l. e. a.; am Ende der epistola dedicatoria: MDLXV) rubr. de litis cont.: Est autem litis contestatio principalis apud iudicem hinc inde facta narratio. — Carpzow (geſt. 1666; vgl. Stintzing II, S. 60), Processus iuris in foro Saxonico (Jenae MDCLXXV), tit. X, art. II § 1 (S. 325): Litis contestatio, quam basin et fundamentum diximus cuiuscumque iudicii . . . nihil aliud est, quam Responsio Rei ad libellum vel actionem intentatam atque propositam, vel affirmativa vel negativa.

[4] Vgl. Stintzing I, S. 478 ff. — Freiherr Schenck v. Tautenburg (geſt. 1580), zitiert in ſeinen Progymnasmata fori (Coloniae MDLII, in einem Bande mit Dn. Henningi Goeden . . . iudiciarii ordinis processus), lib. II, tit. VII, zunächſt den Codex Juſtinians: Lis videtur tunc contestata, cum iudex per narrationem negotij causam audire coeperit. l. uni. Ç. de lit. contestata (3, 9). Sofort aber verſchwindet der Fiktionsgedanke: Non tamen per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in iure propositam, et responsionem secutam, contestatio litis fieri dinoscitur . . . Gail (geſt. 1587), Practicarum observationum . . . libri duo (Coloniae Agrippinae MDLXXVIII), lib. I, observ. LXXIII (S. 91): Communis autem conclusio est, litis contestationem per solam negationem vel responsionem ad libellum induci, quando videlicet Reus simpliciter diffitetur contenta libelli . . . litis contestationis formulam, tam in causis simplicis querelae, quam appellationum, praescribit, quam non ita exacte observare necesse est: quia non solum viva voce, sed etiam in scriptis litis contesta-

testatio lediglich ein äußerer Vorgang[3], der für die einen in Klage und Antwort, für die andern nur in der Antwort, der Einlassung, besteht.

Ein äußerer Vorgang bleibt die litis contestatio auch dann, wenn sie in scriptis vollzogen wird[6]; ferner in der sächsischen Praxis, wo sie in höchst interessanter Weise mit der Klagengewähr des sächsischen Rechts[7] in Verbindung gebracht wird[8].

Es ist bekannt[9], daß auch in Deutschland[10] sich das Gefühl für die Beteiligung des Klägers an der litis contestatio verlor, und daß es mit der Zeit dahin kam, daß die litis con-

---

tio fieri potest. prout quotidie in Camera observatur. — Mynsinger a Frundeck (gest. 1588), Singularium Observationum iudicii Imp. Camerae centuriae V (Basileae MDLXXVI), IIII, 62 (S. 129): ... Nam et consuetudine potest induci, quod per simplicem facti narrationem, et verbalem petitionem, et contradictionem ac responsionem, inducatur litis contestatio ...

[5] Vgl. auch Damhouder (1507—1581; Stintzing I, S. 604), Praxis rerum civilium (Antverpiae MDCXVII), cap. CXX § 1 (S. 341): ... Est autem litiscontestatio principalis negotii apud competentem iudicem facta narratio, et subsecuta (die Ausg. liest: adsecura) responsio.

[6] Vgl. Gail a. a. O.; Wetzell S. 121 Anm. 35.

[7] Vgl. Ssp. Ldr. (herausg. von Homeyer, Berlin 1861), I, 63 § 2; II, 15; 16 § 1; III, 14 § 2. Dazu Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I (Braunschweig 1878, 1879), S. 379 ff.; Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch., 5. Aufl. (Leipzig 1907), S. 791 Anm. 2; Brunner, Grundzüge, S. 176 f. und S. 212 Anm. 3.

[8] Vgl. Schmidt, Klagänd., S. 120, und die dort angeführten sächsischen Juristen. Ferner Wesenbeck (1531—1586: vgl. Stintzing I, S. 351 ff.), Commentaria ac praelectiones in tertium librum Codicis (Witebergae 1609) zu Titel 9, Nr. 20 (Col. 326 f.): Ad species (scil. litis contestationis) etiam referri potest Guaranda Saxonia ... nisi mavis esse partem, ut hoc iure duae sint contestationis partes praecipuae, respectu agentis Guaranda, respectu Rei responsio: Et tamen magis illa pars accidentalis quam essentialis, cum nisi petita sit a reo, recte omittatur, et tunc iure communi litis contestatio procedat ... — Schmidt, Klagänderung, S. 103 und 106, sieht in der Klagengewähr gewiß mit Recht ein der langobardischen wadiatio verwandtes Institut. Die Aufhebung der Klagengewähr erfolgte 1724: Schmidt, Klagänd., S. 121 Anm. 3.

[9] Vgl. Albrecht S. 148 unter 6.

[10] Über Italien vgl. oben S. 207.

testatio in der Regel[11] als ein ausschließlich vom Beklagten zu vollziehender Akt, als die Einlassung[12], betrachtet wurde. Sie war die Erklärung des Streitwillens durch den Beklagten[13]. Sie erfolgte zunächst ähnlich wie im Mittelalter[14], durch eine Generalformel, die nach der K. G. O. von 1555[15] lautet: „In Sachen N. contra N. bin ich der Klag nicht geständig / bitt mich von derselbigen mit Abtrag Kostens und Schadens zu erledigen." „Und mit diesen Worten soll" — nach derselben K. G. O.[16] — „der Krieg, ob auch der litis contestatio nicht austrücklich Meldung geschehe, befestigt zu seyn gehalten und verstanden werden." Als ein Beispiel des Territorialrechts für diesen Rechtszustand führe ich in der Anmerkung Bestimmungen über die litis contestatio aus der Landgerichtsordnung des Herzogtums Franken von 1618 an[17].

---

[11] Vgl. unten S. 215 bei Anm. 31.

[12] Auch wenn, wie es im Gebiete des gemeinen Rechts oft geschah, die litis contestatio mediante iuramento dandorum et respondendorum [vgl. Maximilian I., Notariatsordnung, Cöln 1512, III, §§ 3 und 4 (N.S. II, S. 164); Kleinfeller S. 64, 103 Anm. 163, S. 176 f., 179, 192; Carpzow a. a. O. Art. III § 1 Nr. 6 sagt von diesem Eide: Si non ipsissimum, similimum tamen est iuramento calumniae] vollzogen wurde, adhibenda nihilominus sunt formalia Responsionis per verba: Credo, aut, non Credo, Glaube wa(h)r oder nicht war seyn (ein abscheulicher deutscher acc. c. inf.!) / quae ipsa Litis Contestationem indicunt, et in quibus nervus ac vis Responsionis consistit ... Eaque Responsionis formalia omitti propterea nequeunt, ut maxime absque iuramento respondendorum Reus litem contestetur per nuda verba, credo aut non credo, h. e. Glaube war oder nicht war seyn: Carpzow a. a. O. § 2.

[13] Vgl. Albrecht S. 148 § 29 a. E.

[14] Vgl. oben S. 192 f.

[15] III, 13 § 4 (N.S. S. 116). Vgl. Albrecht S. 164. — Über die generelle l. c. vgl. ferner Kleinfeller, Tatsacheneid, S. 74.

[16] A. a. O.

[17] II, 12: Von der Litis contestation, vnd Kriegsbefestigung. § 1. Demenach die Rechtslehrer in der meinung seyndt / daß es jetztmahligem / deßrechtlichen Processes standt nach / an den formalibus, vnnd / worten / durch welche die Kriegsbefestigung geschicht / gar nicht / an der Sachen aber selbsten am meinsten gelegen / auch der gemeine Gerichtliche gebrauch so viel mit sich bringet / das die alte / in den geschriebenen Rechten von

An der Grundanschauung vom Wesen der litis contestatio änderte sich nichts, als nach sächsischem Vorbilde[18] der

anfangs verordnete zierligkeit der wort / nicht sonders in acht zu nehmen / sondern genug seye / das beede clagende / und beclagte Partheyen / jhre Meynung durch lautere Ja / und Nein wort / vor Gericht für- und anbringen. Als lassen Wir es auch dabey / vnd solcher gestalt nemblich bewenden. § 2. Das der Cläger (wann sonderlich die Clag mündtlich geschehen) dieselbige / auch deren angeheffte Petition, mit diesem Anhang repetire, vn erwiedere / das er vermöge deroselbigen beschlusses / oder angeheffter bitt zu erkennen begehre / Muth / vnd Meynung / den Krieg Rechtens Affirmativè zu befestigen / mit bitt den Gegentheil derogestalt / mit erstattung aller Gerichts Costen / Schaden / und Interesse, beschaffenen Sachen / und der clage Natur nach / zu condemnieren, vnd zu verdammen. § 3. Der beclagte aber / der vorgebrachten Clage / inmassen dieselbige eingewendet / nichtgeständig seye / Muth / und Meynung / den Krieg Rechtens Negativè, vnnd mit nicht gestehen / zubefestigen / bittende / sich von der clag / mit erstattung der Gerichtscosten / ledig vnd loß / zuerkennen. § 4. Wir ordnen / vnd setzen auch weiter / ob gleich diese Formalia, vnd vorgeschribene manier den Krieg zu befestigen / auch nit allerseits gehalten / sondern allein gleichen verstants wort / durch welche / das der Beclagte dem Cläger seiner Clage nicht geständig zuvernemmen / gebrauchen würde / solches für eine litis contestation zuhalten / vnd darauff den Partheyen rechtens zuverhelffen seye. — Zitiert nach der editio princeps, Würzburg 1618. Fernere Ausgaben: Würzburg 1733 und im I. Teile der Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen, Würzburg 1776, S. 45 ff.

[18] Verordnungen und Constitutionen des Rechtlichen Proceß von August, Herzog zu Sachsen, von 1572, I. Teil, const. X (Corpus novum Saxonicum, Dresden MDCLX, S. 196): Von der Litis Contestation. — So mit der General- und ungewissen Litis contestation halben die Sachen nicht verlängert / auch allerhand Gefähr / so darunter gesuchet / verhütet werde. So ordenen und constituieren Wir / daß in den Rechtfertigungen / der Beklagte auff alle und iede Punct und Stück / und derselbigen Narration und Conclusion außdrücklich klärlich in specie, und insonderheit antworten / und den Krieg also durch Specification befestigen / und da solches vom Beklagten verbliebe / daß wider ihn / als einen Contumacem, so den Krieg ganz nicht / oder ie nicht vollkömmlich contestiret, erkannt und gesprochen werden soll. — Dazu Carpzow, Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica (Lipsiae MDCCXXI), Pars I, Const. X, Definitio I (S. 68); Ludovici (1671—1723; Stintzing-Landsberg III, 1, Notenband, S. 80), Einleitung zum Civil-Prozeß (13. Edit., besorgt von Schlitte, Halle MDCCLXVIII), cap. XIII § VI; Stintzing-Landsberg II, S. 95; Schmidt, Klagänderung, S. 119

J. R. A. (von 1654) in § 37[19] die spezielle Litiskontestation[20] vorschrieb, und als daraufhin in einer Reihe außersächsischer Territorien[21], insbesondere in Preußen (1748)[22] und in Bayern

---

und 125, Lehrbuch, S. 87 und 91; Kleinfeller, Tatsacheneid, S. 110 ff., 119 ff. — Eine wichtige Ausnahme macht Koburg: Kleinfeller S. 121.

[19] N. S. III, S. 648 f.: . . . Wann nun der Kläger seiner Seits in termino reproductionis obigem allem ein Genügen geleistet haben wird, so soll der Citierte und Beklagte ebenmäßig in primo hoc termino erscheinen, und (weil er sich aus der Ladung und beygefügtem Libello, auch einverleibtem Gehalt der Action, auf die Sach unter währendem Erscheinungs-Termin genugsam bedencken, auch seinem Anwalt Bericht und Handlung zustellen können,) in diesem Termin auf die Klagen mit hinfüriger Verwerff- und Abschneidung des Wegs der Peremptorialien, Elisu, Additional und anderer waserley Articulen, nur allein die Probatorialien ausgenommen, kurtz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worinn das Factum anderst als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Puncten, mit allen seinen Umständen anzeigen, wie auch was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl, bei Straff der Praeclusion einbringen . . .

[20] Den Ausdruck „Litiskontestation" oder „Kriegsbefestigung" gebraucht § 37 des J. R. A. allerdings nicht, wohl aber § 110 („vor angefangenem Recht-Stand und litis contestation"), und es ist zweifellos, daß § 110 sich damit auf § 37 bezieht: Savigny, Syst. VI, S. 45 a. E.

[21] Vgl. Kleinfeller, Tatsacheneid, S. 171 f. Anm. 281. — Ludovici a. a. O. § X (S. 171) klagt noch darüber, daß trotz des J. R. A. § 37 die „general-Formul": Nego narrata, prout narrantur, et petita, prout petuntur, in den außersächsischen Gerichten in Übung geblieben sei.

[22] Projekt des Codicis Fridericiani Marchici (Berlin 1748 — Vgl. Stintzing-Landsberg III, 1, S. 218), 3, 11 § 2: Durch die Litis-Contestation verstehen Wir, daß der Beklagte klar und deutlich auf die Hauptsache antworten müsse, dergestalt, daß man daraus vernehmen könne, ob er die Klage geständig sey, oder nicht. — § 3: Diesem zufolge muß der Beklagte auf alle und jede Stücke der Klage, so ihren Grund belangen, auch da in einem Punct unterschiedene Umstände enthalten, auf jeden besonders, jedoch so kurtz es geschehen kann, antworten, und solchergestalt was er an dem Facto selbst, der Klage, ingleichen an denen daneben angezogenen Qualitaeten und Umständen gestehet oder verneinet, den Krieg Rechtens befestigen . . . § 4 (eine echt friderizianische Prozeßvorschrift!): Allermaßen alle dunckle Worte, e. gr. nego narrata prout narrantur, ich weiß nicht, ich glaube etc. wann es nehmlich das eigene Factum des Beklagten betrift, nicht verstattet, sondern in diesen und dergleichen Fällen, wann entweder derselbe sich dunckler und

(1753)[23] ausdrücklich oder der Sache nach die spezielle litis contestatio eingeführt wurde[24].

Wohl als der Ausdruck dessen, was man sich nach dem J. R. A. in der Regel unterder litis contestatio dachte[25], darf die Ausführung gelten, die Brunnemann[26] in seinem Tractatus iuridicus de processu fori legitime instituendo[27], cap. XIV[28] gibt[29]:

> Litis contestatio est Actus[30] quo Reus ad libellum eiusque contenta ita respondet, ut ex ea responsione, in quo Status controversiae consistat, appareat. Et licet utriusque partis praesentiam nonnulli requirant ... in processu tamen ordinario id fieri non videmus, nam utriusque partis scripta sunt in medio, quae semper loqui censentur ... nec praecise opus

zweydeutiger Antwort bedienet, oder aber nicht vorgeschriebener maßen Punct vor Punct litem contestirt, er nicht nur in die Expensa Termini oder des Schrift-Wechsels, sondern auch der Advocat oder Concipient in 5 Rthler. Strafe verurtheilet, und ihnen, worauf sie eigentlich antworten sollen, sub Poena Confessi & Convicti auferlegt, auch bei fernerem Ungehorsam Lis pro negative contestata per Sententiam geachtet werden soll.

[23] Codex iuris Bavarici iudiciarii oder bayrische Gerichtsordnung vom Jahre MDCCLIII (München 1841), 6 § 1: Die Antwort auf die Klage sowohl in summario, als ordinario, soll so beschaffen seyn, daß man deutlich, und genügend daraus erkennen könne, was der Beklagte dem Kläger in der Hauptsache einzuräumen, oder zu widersprechen gemeint habe, und dieses heißt eigentlich die Kriegsbefestigung, oder litis contestatio ... Dazu Kreittmayr (1705—1790); Stintzing-Landsberg III, 1, S. 223 und Notenband, S. 142 f.), Compendium codicis Bavarici (München 1768), S. 444.

[24] Dies verhält sich selbstverständlich auch dort, wo eine Häufung der generellen und der speziellen litis contestatio üblich war (Kleinfeller S. 172 ff.) nicht anders.

[25] Vgl. Stintzing II, S. 107.

[26] Gest. 1672: Stintzing II, S. 102.

[27] Wittebergae MDCLXXIX.

[28] S. 134 f.

[29] Vgl. Kleinfeller S. 210 Anm. 331.

[30] Diesem zeitgenössischen Zeugnisse gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, wenn Albrecht S. 166 die Auffassung vertritt, seit dem J. R. A. sei die litis contestatio „kein wirklicher Akt" mehr, sondern nur noch ein „imaginärer Punct" gewesen.

esse puto nostris moribus, ut Actor contenta libelli repetat, sed sola responsio Rei sufficit . . .

Danach war die litis contestatio die ausführliche Einlassung des Beklagten. Hie und da aber wurde noch immer der Kläger als gleichfalls an der litis contestatio beteiligt angesehen[31].

Alle diese Schwankungen aber berühren die Grundtatsache nicht: die litis contestatio blieb ein äußerer Vorgang, mit dem der nachklassische Fiktionsgedanke nicht verbunden wurde, sie blieb die Erklärung der Streitabsicht[32].

§ 23. Die Theorie.

Die Wissenschaft des Mittelalters hatte auf allen Gebieten des Denkens ihren Höhepunkt in der Scholastik erlebt. Die Grundrichtung der Scholastik ist eine vollständig unhistorische. Sie sucht nach der einen, ewigen Wahrheit; sie sucht danach in den heiligen Büchern des Altertums, in der Bibel, im Werke Justinians und bei Aristoteles. Es gilt nur, in das Innere dieser drei Heiligtümer einzudringen, und man wird die Wahrheit finden, die eine Wahrheit, die stets die gleiche war, mochte sie auch den Juden und Heiden in geringerem Maße offenbart sein als den Christen. Nur in dem Maße der Offenbarung, nicht im Inhalte der Wahrheit, tritt eine Veränderung ein.

Die Aufgabe der mittelalterlichen Wissenschaft ist die Vereinigung des gesamten überlieferten Stoffes zu einem einheitlichen Monumentalbilde, die concordia discordantium. Gegensätze in den Quellen, die tatsächlich prinzipieller Natur sind und auf der Verschiedenheit der Anschauungen verschiedener Zeitalter beruhen, können in ihrer ganzen Schärfe gar nicht begriffen werden. Das Mittel der Distinktion hilft dazu, sie zur Harmonie zu bringen.

Darum mußte die Jurisprudenz des Mittelalters eine rein

---

[31] Vgl. Kleinfeller S. 209.

[32] Über den animus litem contestandi und die protestatio contraria vgl. unten S. 226 Anm. 20.

dogmatische, reine „Begriffsjurisprudenz“[1] sein. Darum kennt die mittelalterliche Jurisprudenz lediglich ein dogmatisches Denken über die litis contestatio. Der Gedanke der Entwicklung, ja auch nur der Gedanke der Veränderung wird nicht laut. Die Grundstimmung der Rechtswissenschaft ist naturrechtlicher Art.

Diese naturrechtliche Färbung behält die Rechtswissenschaft in den ersten Jahrhunderten der neuen Zeit[2]; ja, das 18. Jahrhundert steht sogar völlig unter dem Zeichen des „Naturrechts“. Dennoch aber trennt eine tiefe Kluft die Wissenschaft des Mittelalters von der Wissenschaft, die für die Neuzeit charakteristisch ist, von der mit dem Geiste des Humanismus gesättigten Rechtswissenschaft. Der Humanismus hatte die Augen der Welt für die Schätze der Antike geöffnet. Damit war auch der Quellenkreis der Rechtswissenschaft um ein Vielfaches vermehrt. Auch die Schriftsteller des Altertums mußte der Jurist, der auf der Höhe seiner Zeit stehen wollte, berücksichtigen; selbst der horror vor den graeca wurde überwunden und in sein Gegenteil verkehrt.

Diese begeisternde Erweiterung des Gesichtskreises mußte mit Notwendigkeit zur Folge haben, daß die Beschränkung der Rechtswissenschaft auf dogmatische Fragen ihr Ende erreichte. Man merkte, daß es früher in manchen Beziehungen „anders“ gewesen war. Erst jetzt wird — durch Zasius[3] — die Aufmerksamkeit der Gelehrten auf die vom Mittelalter bezeichnenderweise fast völlig außer acht gelassene[4] „Rechtsgeschichte“ des Pomponius[5] gelenkt[6]. Alciatus[7] entnimmt diesem wich-

---

[1] Vgl. hierzu und zu dem Folgenden Sohm, Inst., S. 170 ff.

[2] Ich brauche nur die Namen Lagus und Oldendorp zu nennen. Vgl. Stintzing I, S. 302 und S. 325 f.

[3] 1461—1535. Vgl. Stintzing I, S. 155 ff.

[4] Stintzing I, S. 164.

[5] Dig. 1, 2, 2.

[6] Stintzing I, S. 164.

[7] 1492—1550. Vgl. Stintzing I, S. 367 f., und E. v. Moeller, Andreas Alciat (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, hrsg. von Leonhard, XXV, Breslau 1907), S. 5 und S. 91.

tigen Fragment bereits die Vorstellung, daß bei der litis contestatio ehemals eine verborum solemnitas eine Rolle spielte[8].

Erst jetzt lernt man von Festus[9], wie die litis contestatio zu ihrem Namen gekommen ist.

Zwar äußert sich noch Lagus[10] ganz im Sinne des Mittelalters[11], wenn er sagt[12]: „Nam, ut mihi videtur, contestatio litis dicta est a contraria contestatione litigantium in ea causa, de qua lis mota est . . . Vocatur igitur litis contestatio contraria litigantium assertio in ipsa causa . . . Also versteht noch Lagus contestatio als „feierliche Erklärung"[13]. Ja selbst noch Alciatus, dieser Altmeister humanistischer Jurisprudenz[14], kennt die richtige Deutung nicht. In seinem Commentaria[15] sagt er: quae contestatio olim nomen sumpsit, quod partes certa verborum solennitate[16] testabantur, quicquid dare facere oporteret, se facturos, eiusque rei discernendae potestatem Titio iudici concedere. Alciat versteht also ebenfalls (con)testari noch als: feierlich erklären. Nur ist der Inhalt der Erklärung ein anderer als bei den Gelehrten des Mittelalters: nach Alciat wird nicht die

---

[8] Vgl. die unten bei Anm. 15 aufgeführten Worte. Alciatus denkt zweifellos an § 6 der l. cit., wo Pomponius von den legis actiones spricht. Über Alciats historische Arbeiten vgl. E. v. Moeller a. a. O., S. 123 ff.

[9] Vgl. oben S. 4 Anm. 11.

[10] Geb. um das Ende des 15. Jahrh., gest. 1546. Stintzing I, S. 296 ff.

[11] Oben S. 185 ff.

[12] Methodica iuris utriusque (Lugduni 1546), Secunda pars (5) — vgl. Stintzing I, S. 301 a. E. — De iudiciis rubr. de lit. cont. (S. 678).

[13] Contestari gebraucht auch Zasius (in anderem Zusammenhange) im Sinne von „feierlich erklären": vgl. die bei Stintzing I, S. 162 abgedruckte Stelle.

[14] Vgl. Stintzing I, S. 367 und E. v. Moeller a. a. O. (oben Anm. 7) S. 93 ff.

[15] Lugduni 1560; tom. 4, pars 1, fol. 31, De in ius vocando, rubr., Nr. 3.

[16] Vgl. oben bei Anm. 7 und 8.

Streitabsicht, sondern die Unterordnung unter den iudex erklärt. Sachlich ist er also dem Richtigen sehr nahe[17].

Dagegen bezeichnet Cuiacius[18] die Worte des Festus bereits als einen notus locus. Selbstverständlich kennt sie auch Donellus[19], ebenso wie andere Zeitgenossen dieser beiden Großen[20].

Daß freilich — namentlich in Deutschland — die Festusstelle bei weitem nicht allen Rechtsgelehrten geläufig war, beweist die Tatsache, daß noch ein Carpzow sie nicht kannte[21].

Bei den führenden Geistern aber war der Bann gebrochen. Es lag klar zutage, daß die litis contestatio der Gegenwart sich von der litis contestatio der Vergangenheit unterschied. Es tauchen daher gelegentlich historische Notizen oder gar eingehendere Ausführungen über die Geschichte der litis contestatio auf, so — abgesehen von Alciatus[22] — bei Oldendorp[23], Obrecht[24], Vulteius[25] und Janus a Costa[26].

---

[17] Vgl. oben S. 1 ff.

[18] Obs. lib. IX c. XXI (Bd. III — vgl. Literaturverz. — col. 214); vgl. ferner seinen Kommentar zu Cod. Just. 3, 1 (Bd. IX, col. 107 D) unten S. 227 Anm. 31.

[19] Commentaria de iure civili, lib. XXIV, c. I unter II (Bd. VI, col. 194).

[20] Wesenbeck (oben S. 210 Anm. 8) a. a. O. Nr. 5 (col. 319 f.) und Joannes Ramus (1535—1578; Stintzing I, S. 342 Anm. 1), Oikonomia seu dispositio regularum utriusque iuris in locos communes (Coloniae Agrippinae MDLXX), Axioma CLXXVII (S. 191 f.) — Vulteius (1555—1634; Stintzing I, S. 452 ff.), Jurisprudentiae Romanae . . . libri II (Hanoviae MDCLII), S. 688 Anm. 2 a. E., erklärt das Wort richtig aus der Zuziehung von Zeugen zum litis initium, erwähnt aber Festus nicht.

[21] Carpzow, Proc. iur. a. a. O. (oben S. 209 Anm. 3 a. E.) § 2: Contestatio dicta, quod per hanc Reus contestetur, se cum Actore non modo litem suscepturum, sed etiam jam susceptam prosequuturum esse . . .

[22] Vgl. oben S. 216 f.

[23] Geb. um 1480, gest. 1567 (vgl. Stintzing I, S. 311 ff.), Formulae quaedam antiquitatis (!) ad rem iudiciariam pertinentes (Opera, Basil. MDLIX, I, S. 411 ff.), forma litis contestandae (S. 413): Praetor auditos iam litigatores interrogabat: an sibi de ea re iudicandi potestatem facerent? (Oldendorp schreibt also die Funktionen des iudex dem Praetor zu). Ipsi se facere respondebant. Sicque lite con-

Die Erkenntnis einer Veränderung (ich sage absichtlich nicht: Entwicklung) verlangte nach einer Auseinandersetzung mit der naturrechtlichen Grundstimmung der Wissenschaft. Diese Grundstimmung stand viel zu fest gewurzelt, als daß sie sogleich vor so bescheidenen Anfängen eines neuen Denkens das Feld geräumt hätte. Sollten doch ihre großen Zeiten erst noch kommen. Es kam, wie es kommen mußte: die Ergebnisse geschichtlicher Forschung wurden mit der Elle naturrechtlicher Vorurteile gemessen.

§ 24. Fortsetzung (Donellus).

Man wird es verstehen, wenn bei keinem anderen Gelehrten die eben hervorgehobene Tatsache so deutlich in die Erscheinung tritt wie bei Donellus, diesem ehrlichsten Ringer um systematische Klarheit[1]. Bei ihm finden sich folgende Gedanken:

---

testata, hoc est coram testibus admissa, iudicium accipiebatur. Dazu werden die Worte: Donec suprema contestatio peragetur aus Dig. 28, 1 (Qui testamenta facere possunt etc.) l. 20 § 8 zitiert. Der Standpunkt Oldendorps in dieser Frage ist also noch recht primitiv.

[24] 1547 bis 1612: Stintzing I, S. 672 f. — Tractatus methodici tres, Argent. MDCIIII, II. De litis contestatione, cap. I Nr. 16 (S. 7): Nam primo totum illum actum significat, qui coram Praetore, de constituendo iudicio olim fuit habitus: in qua significatione, non solum actionis et rei, sed etiam controversiae contestationem denotat.

[25] A. a. O. (oben S. 218 Anm. 20) S. 635 (in dem hervorragenden cap. XXVI: vestigia ordinis iudiciarii antiqui; vgl. Stintzing I, S. 459): Cum magistratus actionem dandam esse statuisset, proxima erat dispectio de actionis dandae qualitate, ex bonane fide, an ex iure scripto formula esset concipienda: eamque ad rem formulam concipiebat, secundum quam actor ageret et iudex futurus iudicaret. Quo facto iudicem dabat praetor, litigatoresque dicebantur iudicem accipere, hoc est, litem contestari, quod in iure ad sellam praetoris ac tribunal fiebat, quippe quod ante litis contestationem res ad officium iudicis non pertineret, neque actio instituta esse intelligatur, antequam lis sit contestata, atque ita in litis contestatione ius desinebat, atque ab eodem iudicium incipiebat.

[26] In decretales Gregorii IX. PP. summaria et commentaria (Luteciae Paris. MDCLXXVI), S. 394 ff., vgl. Keller, Litis Cont., S. 24 ff.

[1] Vgl. ferner namentlich Ramus (unten S. 227 f.) und Kahle-Ziegler (unten S. 224 f. Anm. 16).

Die „Natur" ergibt ganz von selbst eine Gliederung des Prozesses in bestimmte partes[2]. Einer dieser von der „Natur" gewollten Teile des Prozesses ist die litis contestatio[3], das ist der durch das Leugnen des Beklagten markierte Beginn des Streits vor Gericht[4]. Die „natürliche" litis contestatio hat aber im Laufe der Zeit Überwucherungen durch Bildungen des konkreten geschichtlichen Rechts erleiden müssen[5]: Die certae formulae cuiusque actionis[6] und die Zuziehung

---

[2] Comment. de iure civili lib. XXXIII, cap. I unter V (Bd. VI — vgl. Literaturverz. — col. 4): . . . Et si iudicii actionisve iudiciariae eae partes sint quas dixi, de ordine earum dubitari non debt. Se enim ipse per se satis ostendit: quem apparet non tam voluntate iura constituentium, quam naturae ipsius certa lege atque auctoritate constare. Nam si quis cum quo apud iudices agere vult de re aliqua, et cum eo litem instituere, primum est in eo ut adversarius ad iudices veniat qui, respondeat agenti, et se paratum contendere declaret.

[3] Ebenda, kurz nach den zitierten Worten: Proximum est, ut cum adversarius venerit quo vocabatur, si de iudice conveniet, tum constituatur apud iudicem, qua de re agatur, de qua postea cognosci et statui possit a iudice. Constituitur autem jam cognita intentione actoris et rei ex adverso responsione, puta aut inficiatione aut exceptione. In qua narratione, et contentione facti inest contestatio litis. L. 1. C. de litis contestat. Secunda (scil. pars iudicii) igitur naturae ordine haec contestatio.

[4] Ebenda, lib. XXIV c. I unter I (Bd. VI col. 192 f.): . . . Si negat reus, quod intenditur et hic adversus actorem consistendum putat: fit eius negatione res dubia, nasciturque ex hac contentione utriusque ea, quam litem, et controversiam nominamus (diese Worte sind nach dem Zusammenhange auf die litis contestatio zu beziehen) . . . Et ita, inquam, se res habet, si quaeratur res naturae tantum ordine sine alia solemni forma, et praeceptis civilibus (d. h. Vorschriften des ius civile, das als Gegensatz zum ius naturale zu verstehen ist).

[5] Ebenda (unmittelbar anschließend): Nunc autem iuris civilis ratio hic nos remoratur. Primum sunt quaedam, quae ius civile vetus in litis contestatione, et facto magistratus exigat ad ordinationem iudicii.

[6] Ebenda unter II. Donellus bezieht sich auf die von den legis actiones handelnde Stelle Dig. 1, 2, 2, 6 (vgl. oben S. 216 Anm. 5). Da Donellus den echten Gaius noch nicht kannte, konnte er sich natürlich nur eine dürftige Vorstellung von den „certae formulae" machen. So erklärt es sich, wenn er (a. a. O.) die Schriftformel von der Dig. 47, 2, 42 pr.

von Zeugen[7] waren solche positivrechtlichen und, von der hohen Warte der Naturrechtslehre aus betrachtet, rein äußerlichen Zutaten zum Wesentlichen.

Sowohl die formulae als auch die Zuziehung von Zeugen gibt es heute nicht mehr[8]. Insbesondere die Abschaffung der Zeugen folgt daraus, daß die Rechtsbücher die Zuziehung von Zeugen nicht verlangen, und daß Justinian erklärt, für die litis contestatio genüge die narratio negotii, per quam iudex caussam audire coeperit. Genügt doch auch für die Beweisbarkeit der Gerichtshandlungen das Aktenwesen![9]

Itaque[10] res sublata: nomen tamen, quod initio fuerat, mansit, diciturque usitate litis contestatio pro ea negotii narratione et litigatorum conflictu, qui litem facit et iudici indicat. d. l. uni. C. de lit. contesta. Ex his apparet in litis contestatione rediisse rem nobis ad simplicitatem naturae: ut quibuscunque verbis actionem intendat actor, quibuscunque ad-

---

handelt, nicht von den „certae formulae" unterscheiden kann. Vgl. auch unten Anm. 8.

[7] Daselbst (col. 194): Unde verbum litem contestari, auctore Festo in verbo contestari.

[8] Für die Aufhebung der (certae) formulae beruft sich Donellus auf die von der Schriftformel handelnde Stelle Cod. Just. 2, 57 (58), 1. — Er kann also — was ihm selbstverständlich nicht zum Vorwurf gereicht — zwischen Spruch- und Schriftformel noch nicht unterscheiden. Vgl. oben Anm. 6.

[9] Daselbst unter III (Col. 194 f.): De testatione autem, et hanc quoque sublatam esse, inde sciri potest, non solum quod nulla eiusmodi testatio exigatur in libris nostris; qui nobis a Justiniano traditi sunt: sed etiam quod in l. Unic. C. de lit. contestat. non obscure significetur ad efficiendam eam, quae dicitur litis contestatio, et ad rem in iudicium deducendam, sufficere solum narrationem negotii, per quam iudex caussam audire coeperit. Nec immerito. Postquam enim iudicium a magistratibus dari coepit, cum iudicii formula vel constitutio inter acta iudicii exstaret et acta fidem habeant publicam: frustra desideretur alia eius rei probatio. — Dieser letzte Gedanke findet sich schon bei Joh. Ramus: unten S. 228 Anm. 36.

[10] Diese Sätze folgen den in der vorigen Anm. mitgeteilten unmittelbar.

versus consistat, et se tueatur reus, dum de re constet, satis sit ad litis contestationem, et ad rem potestati magistratus subjiciendam.

Die simplicitas naturae, das Ideal der Naturrechtslehre, ist wieder erreicht!

Was aber ist das Wesen der „natürlichen" litis contestatio? Die eben aufgeführten Worte haben sie als die negotii narratio und den litigatorum conflictus, qui litem facit, et iudici indicat, bezeichnet. Im gleichen Sinne äußert sich Donellus an anderer Stelle[11]:

Litis contestatio est, cum apud iudicem actor aliquid intendit; reus abnegat, aut de intentione confessus, aliqua exceptione vel defensione utitur. Sic enim fit, ut utriusque intentione et responsione iudex incipiat caussam cognoscere quod cum fit, lis contestari dicitur.

Es ist deutlich: Donellus hält die litis contestatio, die vom Mittelalter her auf seine Zeit gekommen war, für die „natürliche" litis contestatio; was er von seinen Vorgängern gelernt hatte, hält er für ewige Wahrheit. Die verwundbarste Stelle aller naturrechtlichen Systeme wird erkennbar.

§ 25. Fortsetzung (die litis contestatio als Institut des Naturrechts).

So wird es erklärlich, wie man sich mit der Erkenntnis einer in mancher Beziehung eingetretenen Veränderung abfand. Noch war der Sinn für geschichtliches Denken nicht erwacht. Man kannte nur eine Beschäftigung mit mehr oder weniger „kuriosen" Antiquitäten[1], deren Merkwürdigkeiten um so mehr Kopfschütteln oder mitleidiges Lächeln erweckten, je weiter sie sich von der Norm des „Natürlichen" entfernten.

Was aber als „natürlich" geeicht worden war, das gewann um so mehr an Festigkeit des Bestandes. So wurde trotz aller

[11] Commentaria in codicem Justiniani, ad tit. X lib. IV C. de oblig. et action. ad rubricam, unter 26 (Bd. VII, col. 809).

[1] Vgl. Sohm, Inst., S. 174.

Forschung in den Altertümern die litis contestatio, wie sie im Mittelalter ausgebildet worden war, zum Range eines naturrechtlichen Instituts, an dem nicht zu rütteln war, erhoben.

Das Mittelalter kannte den spätrömischen Fiktionsgedanken[2] nicht; die mittelalterliche litis contestatio war lediglich ein äußerer Vorgang gewesen, der sich nur mit der versteinerten justinianischen litis contestatio vergleichen läßt[3].

In der Neuzeit erscheint darum, wie in der Praxis[4], so auch in der Theorie die litis contestatio als ein äußerer Vorgang. Man mag auf die eben angeführten Worte von Donellus sehen[5] oder sich von Zasius[6], Lagus[7], Oldendorp[8], Cuiacius[9], Vigelius[10], Wesenbeck[11], Janus

[2] Vgl. oben S. 5 ff.

[3] Vgl. oben S. 125, S. 184 a. E. und S. 204 oben.

[4] Vgl. oben § 22.

[5] Vgl. aber unten S. 229 Anm. 39.

[6] Dn. Udalrici Zasii iureconsulti clarissimi operum tomus quartus (Lugduni MDL) col. 212: Nam hoc (nämlich, daß der Beklagte impune plus negieren kann) est de natura (!) litis contestationis, quod reus negat sicut petitum est, negat narrata prout narrantur.

[7] Unmittelbar vor der oben S. 217 mitgeteilten Stelle: Est enim litis contestatio ea dissensio litigantium, qua hinc inde alter contra alterum contentionem in principali causa perseverare statuit.

[8] Progymnasmata fori, Secundum tempus unter II (Opera — vgl. oben S. 218 Anm. 23 — I, S. 404): (Reus) Si exceptiones dilatorias non habet, respondebit libello, et litem contestabit.

[9] Obs., lib. IX c. XXI (Bd. III col. 214): Litis contestatio, est eius rei de qua controversia est apud iudicem ex utraque parte facta narratio, testibus praesentibus (Cuiacius denkt also an die altrömische litis contestatio). — Vgl. Keller, Litis Cont., S. 17.

[10] 1529–1600 (Stintzing I, S. 425 ff.). Methodus iuris controversi (Basil. 1579), lib. II, rubr. de lit. cont., III. Regula (S. 352): Si reus respondeat libello, per hoc fit litis contestatio.

[11] A. a. O. (vgl. oben S. 210 Anm. 8) Nr. 10 (col. 322): Hodie vero, quia testibus non est opus . . . recte ita definiri potest, ut sit negocij principalis, de quo litigatur, narratio, et super ea petitio, ac conclusio ab actore facta, ad eamque Rei consecuta responsio . . . Brevius et elegantius . . ., ut sit primordium litis, quod narratione actoris, et responsione Rei constituitur.

a Coſta[12], Obrecht[13], Vulteius[14] und Harpprecht[15] eine Definition der litis contestatio geben laſſen, oder ſich in den Diſſertationen des 17. und 18. Jahrhunderts umſehen[16], oder

[12] A. a. O. (oben S. 218 f. Anm. 26) S. 401: . . . intelligamus litis contestationem esse actum quo datur initium, et forma iudicio, Judice audiente narrationem utriusque partis, eo in loco quo Jus dici, vel iudicari solet.

[13] A. a. O. (vgl. oben S. 218 f. Anm. 24) Nr. 19 (S. 8): nobis Litis-contestatio novo iure nihil aliud esse videtur, quam de re controversa utriusque Litigatoris apud iudicem testato (darüber unter Nr. 22 recht Unklares) facta narratio, affirmationem seu petitionem unius, et responsionem seu contradictionem alterius Litigatoris continens.

[14] A. a. O. (oben S. 218 Anm. 20) S. 688: . . . litis contestatio, quae est iudicii constitutio facta narratione unius, et contradictione alterius litigantis.

[15] (Johann); 1560 bis 1639 (Stintzing I, S. 689 f. — Tractatus de processu iudiciario, in disputationes sex distinctus (Tubingae MDXCVI), III, 11 (S. 92): Fit autem litis contestatio tum proprie: cum reus in causa principali, coram competente Judice, negative respondendo actoris intentioni reluctatur.

[16] Vgl. folgende Diſſertationen (der erſte Name iſt der des Präſidenten, der zweite der des Reſpondenten. Vgl. Stintzing-Landsberg II, S. 27):

Fibig-Wolff, de lit. cont. (1645), Th. II: Litis contestatio est ipsius controversiae apud iudicem facta narratio vel est actus, quo reus ad libellum in processu ordinario, eiusque contenta ita respondet ut ex ea responsione, in quo controversiae status sit, appareat.

Gundling-Ramsler, de lite contestata commoda plerumque, incommoda nunquam (Halae Magdeb. 1732) cap. I § 1: . . . dicimus, litis contestationem nihil aliud esse, quam eius rei, de qua controversia est, apud iudicem ex utraque parte testata (lies: testato) factam narrationem. Bemerkenswert und charakteriſtiſch iſt, wie nach den hiſtoriſchen Ausführungen in den §§ 4—6 in § 7 der Satz aufgeſtellt wird: Quamlibet enim Praetoris et iudicis munus una in persona moretur apud nos, et illa interpretationum et formularum solennitas diu sit sublata, testiumque convocatio ab usu recesserit, nec apud Germanos in usum traducta sit unquam; eadem tamen res in effectu durat et adest, quando actor litem denunciat, reusque actori testato animoque litem contestandi . . . respondet . . .

Offenbar ſtark von Donellus (vgl. oben S. 219 ff.) beeinflußt iſt folgende Ausführung bei Kahle-Ziegler: De litis contestatione in Augusto Camerae imperialis iudicio (Marburgi, Disputation im Dezember 1752), S. 7 ff., insbeſ. S. 8 f.: Ideo porro natura rei

endlich bei Nettelbladt[17], Hofmann[18] und Danz[19] sich

efflagitat, ut is, qui ius aliquod ab altero sibi tribuendum contendit, illud contra hunc declaret; alter vero, unde petitur, respondeat ad hanc praetensionem iuris; priori casu in caussis privatorum actionis editione; in posteriori Litis Contestatione est opus. Hanc igitur Rei responsionem, quam Litis Contestationem hoc loco vocamus, in rectae rationis praeceptis („richtiges Recht"!) omnino positam esse, putamus, quum ea sublata, omnis malitia atque iniquitas latius diffundatur, nec iustitia possit administrari. Etenim, uti Litis Contestatione Reo ademta, ipsi denegaretur defensionis species, et condemnaretur Reus indicta caussa . . . Inde intelligitur, cur caussae sic dictae Summariae, quamvis alias in iure nostro favorabilibus adnumerentur, a Litis Contestatione, quatenus haec a naturali simplicitate non abhorret, nec in solemnitatem civilem abit, haud sint immunes, nec ab ea per ullam legem positivam eximi possint. Rationem nempe huius rei subducere hunc in modum liceat: Summariae caussae processu agitantur summario; hic processus substantialia tantum capita omnis processus retinet; iam vero inter haec responsio Rei sive Litis Contestatio eminet. Quumque Processus substantialia comprobet Ius Naturae, adplicatum ad statum civilem; consequens est, ut etiam litis contestationem admittat ius naturale. — Dazu S. 12, § III: Quamvis vero ipsam rem eiusve notionem, quae Litis Contestationis vocabulo indigitatur, non iuri Romano sed naturali adscribamus . . .

Endlich Kluegel-Thilo, de litis contestatione capita quaedam (Wittenbergae, Jahr der disputatio: 1782), S. 4: Litis contestatio enim, ex plerorumque recentiorum scriptorum sententia, est solemnis responsio rei ad libellum actoris. Dazu werden Kraus, Barth, Schilter und Griebner zitiert.

[17] (1696—1775; vgl. Stintzing-Landsberg III, 1, Notenband, S. 181) Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis (Halae Magdeb. MDCCXLIX) III, § 108: . . . Dicitur vero responsio in causis privatis, in priori casu (wenn die Antwort die Wahrheit des factum betrifft), litis contestatio . . .

[18] (1716—1795; vgl. St.-L. a. a. O. S. 159), Teutsche Reichspraxis (Frankfurt a. M. 1765) I, S. 208 f. § 327: „Die kriegsbefestigung deutet überhaupt die antwort des beklagtens auf die erhobene klage an."

[19] W. A. Fr. (1764—1803; vgl. St.-L. a. a. O. S. 289), Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses (Stuttgart 1800) S. 296: „Die Kriegsbefestigung ist die kategorische Antwort des Beklagten auf alle in der gegen ihn angebrachten Klage vorgetragenen und zu dieser gehörigen Thatumstände, welche in der Absicht geschiehet, daß der wahre Streitpunkt in der hauptsache behörig festgesezet werde."

Rats erholen: Stets ist die litis contestatio entweder Klage und Antwort oder nur die Antwort des Beklagten.

Ferner erhält sich die mittelalterliche Lehre in einem Punkte, in dem man eigentlich eine Besserung der Theorie erwarten könnte: Obwohl die richtige Deutung des Wortes contestatio allmählich bekannt wurde, spielen dennoch zwei aus der falschen Deutung dieses Wortes im Mittelalter erwachsene Rechtsinstitute immer noch eine Rolle: der animus litem contestandi und die protestatio (daß man nicht litem kontestieren wolle)[20].

Auch der Vertragsgedanke behält fast ausschließlich die ihm im Mittelalter gegebene Prägung[21]: der spätrömische Fiktionsgedanke erscheint vor dem 19. Jahrhundert nirgends[22]. Von der Mehrzahl der Gelehrten wird die litis contestatio — ebenso wie im Mittelalter auf Grund von Dig. 15, 1, 3, 11 (§ Idem scribit) — für einen Quasikontrakt erklärt; so von Alciatus[23], Wesenbeck[24], Janus a Costa[25], Gail[26],

---

[20] (Oben S. 189 ff.); vgl. Wesenbeck a. a. O. (oben S. 210 Anm. 8) Nr. 12 (col. 323), Nr. 25 (col. 328), Nr. 76 (col. 355), Vigelius a. a. O. (vgl. oben S. 223 Anm. 10), Vulteius a. a. O. (vgl. oben S. 224 Anm. 14), Harpprecht a. a. O. (ebenda Anm. 15) S. 95, Nr. 24—27, Termineus a. a. O. (oben S. 209 Anm. 3). — Dagegen ereifert sich Oldendorp a. a. O. (oben S. 223 Anm. 8): Sublata hic est inanis commentatorum disputatio, de clausula hac. Animo et intentione litem contestandi: quae nunc necessaria non est. Dieser Widerspruch Oldendorps scheint aber jedenfalls auf die Praxis ohne jede Wirkung gewesen zu sein. Denn noch Ludovici a. a. O. (oben S. 212 Anm. 18) führt aus: „Überflüssig" seien die meisten Klauseln, welche die Advokaten den Klag-Libellen einzuverleiben gewohnt seien; „also hat es auch gleiche Bewandtniß mit derjenigen Clausul, deren sich die meisten bei der Litis Contestation bedienen: Man wolle hiemit animo litem contestandi auf die Klage folgendergestalt antworten. Denn es weiset die That schon selbst, daß der Beklagte animum contestandi litem habe . . ."

[21] Vgl. oben § 20, S. 195 ff.

[22] Und auch im 19. Jahrhundert selten, und dann oft nicht in zutreffender Form: vgl unten S. 231 Anm. 6 und S. 235 Anm. 9.

[23] A. a. O. (oben S. 217 Anm. 15) I, pars 1, fol. 63 Nr. 17: Nam in litis contestatione quasi contrahitur l. III, § idem scribit ff. de pecul. et videntur (daß dieses videntur nichts mit dem spätrömischen Fiktionsgedanken zu tun hat, sondern nur den Quasikontrakt betonen

Carpzow[27] und Brokes-Lingkius[28]. Gelegentlich[29] wird durch die Berufung auf Bartolus[30] der italienische Einfluß klar ersichtlich gemacht.

Nicht anders wird es zu verstehen sein, wenn Cuiacius lehrt, daß bei der litis contestatio quodammodo contrahitur[31], und wenn Johannes Tack, genannt Ramus[32] sagt, die litis contestatio sei quaedam conventio. Ramus scheint allerdings fast ausdrücklich die altrömische litis contestatio für einen echten Vertrag zu erklären[33]. Was ihn aber daran hindert, diese Er-

---

soll, braucht nur gesagt zu werden) partes se obligasse ad respondendum et standum iudicio: quo casu haec est obligatio facti . . . Vgl. ferner III, pars 2, fol. 91 v.°, lex LXIX, Nr. 8 und fol. 138 v.°, lex CXII, Nr. 7.

[24] A. a. O. (oben S. 210 Anm. 8) Nr. 3 (col. 319), 15 (col. 324), 28 (col. 330), 47 (col. 343 f.: iudicium contrahendi); vgl. auch W., utriusque iuris oeconomia (Parisiis MDLXXIII) S. 229 bei Note i.

[25] A. a. O. (vgl. oben S. 218 Anm. 26) S. 406; im gleichen Sinne ist also auch S. 403 zu verstehen.

[26] A. a. O. (oben S. 209 Anm. 4) observ. CXI.

[27] Jurispr. for. a. a. O. (oben S. 212 Anm. 18), Definitio II: Sicuti enim in stipulationibus; ita et in iudicio contrahitur, vel saltem (!) quasi contrahitur: ein gutes Beispiel für die Naivität, mit der das quasi in die Quellenworte eingefügt wird.

[28] Diss. de litis contestatione malam fidem non inferente (1736) § 1.

[29] Wesenbeck Nr. 15 cit., Carpzow a. a. O.

[30] Vgl. oben S. 197 ff., unter III.

[31] Komm. zu Cod. Just. 3, 1 (Opera, Bd. IX, col. 107, D und E): Iudicato ergo fit novatio, iudicio non fit novatio: fateor iudicio quidem contrahi, l. 3 § idem scribit de pecul. cum perorant ambo praesentes (vgl. Keller, Litis Cont., S. 17 Anm. 4), et ordinant iudicium superstitibus praesentibus, utraque parte dicente, testes estote, ut Festus scribit, unde litis contestationis nomen: hac ratione quodammodo contrahitur, et videntur (hiervon gilt dasselbe, was oben Anm. 23 zu sagen war) consentire in iudicem . . .

[32] A. a. O. (oben S. 218 Anm. 20), Axioma CLXXVII (S. 191): Litis contestatio nihil est aliud quam quaedam inter eos qui invicem controversiam habent, de iudicio suscipiendo conventio, non solum inter ipsos, sed etiam cum iudice inita.

[33] Er fährt unmittelbar fort: qui eos cum sponte ad se venissent, solet interrogare, an sibi de controversia quae inter eos esset, iudicandi potestatem facerent: et cum ipsi se

kenntnis bei sich selbst zum Durchbruch gelangen zu lassen, das ist die naturrechtliche Grundauffassung, mit der er der litis contestatio entgegentritt. Dieser naturrechtliche Hintergrund ist an zwei Tatsachen zu erkennen: zunächst daran, daß für Ramus die litis contestatio eine pars necessaria (naturnotwendig!) des Prozesses ist[34], zum andern an folgenden Gedanken[35]: Neben der vor Zeugen vorgenommenen[33] litis contestatio habe es bei den Römern noch zwei andere modi gegeben; es sei nämlich möglich gewesen, auch sacramento deposito und sponsione facta das suscipere iudicium zu vollziehen. Ex quibus contestandae litis modis tribus, unicus est hodie conflatus, nam in locum Sacramenti, successit iuramentum propter calumniam: in locum Sponsionis, fideiussores iudicio sisti: ac denique in locum testium, venit annotatio ad acta[36]. Es zeigt sich also, daß für Ramus nur der modus, nicht aber das Wesen der litis contestatio eine Veränderung erlitten hat. Die litis contestatio ist auch für ihn ein in seinem Wesen ewiges, unveränderliches Rechtsinstitut. Darum mußte er, da er die moderne litis contestatio nicht für einen echten Vertrag halten konnte, das quaedam in die grundlegende Begriffsbestimmung der litis contestatio einfügen.

Abseits von der großen Menge steht allein die Gestalt des Donellus.

Im 12. Buche seiner Commentaria de iure civili, cap. XIV, handelt Donellus von der Notwendigkeit eines factum und einer conventio zum Zustandekommen einer Vertragsverpflichtung. In der Regel sei beides, factum und conventio, manifestum, manchmal aber das eine oder das andere obscurum. Unter VI.[37] kommt er auf diejenigen Fälle zu sprechen, die in facto manifesto

facere respondissent, iam tum proprie dicebatur susceptum iudicium, et lis contestata: ducto nomine videlicet a testibus, qui illi contractui et conventioni ad solemnitatem adhibeantur, coram quibus statim verbis solemnibus fiebat contestatio, his nimirum, testes estote.

[34] Axioma CLXXVI, S. 191.

[35] Axioma CLXXVII, S. 192.

[36] Derselbe Gedanke wie bei Donellus: oben S. 221 Anm. 9.

[37] Bd. III, col. 542 f.

obscuram conventionem habent. An erster Stelle nennt er die obligatio iudicii, seu iudicati. Darüber sage Ulpian[38]: iudicio contrahi. Iudicio sic accipiendum est, iudicio accepto, vel potius iudicium accipiendo, et litis contestatione. Hic quidem factum videmus actoris iudicio experientis, petentisque sibi quid praestari ab eo, cum quo agit . . . Sed nondum satis, ut ex hoc facto sit obligatio ex contractu, ut Ulpianus loquitur. Etiam conventione opus est. Constat enim, quod saepe cogimur dicere, nullum contractum esse sine conventione . . . Fatendum est in litis contestatione non esse conventionem apertam: at est tacita[39].

Der Inhalt der conventio sei das beiderseitige Versprechen, dem Urteil gehorchen zu wollen[40]. Schließlich betont Donellus ausdrücklich, daß das iudicio contrahi ein echtes und nicht ein quasi contrahi sei[41]. Mit dieser ausdrücklichen Ablehnung des Quasikontraktsgedankens steht Donellus ganz allein.

---

[38] In Dig. 15, 1, 3, 11 (§ idem scribit).

[39] Offen bleiben muß die Frage, in welcher Weise diese erst nach dem Tode des Donellus erschienenen (vgl. Stintzing I, S. 378) Ausführungen mit den oben (S. 219 ff., insbes. S. 223 bei Anm. 5) mitgeteilten Gedanken des Meisters zu vereinigen sind. Dort wird der Vertragsgedanke niemals laut. Ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, daß Donellus nicht bis zu einer restlosen Vereinigung seiner Gedanken durchgedrungen ist.

[40] A. a. O. col. 543 oben: De qua (conventione) ne dubitetur, pene diserte exprimitur ex circumstantiis negotii, et fine utrique ex litigatoribus proposito. Nam actor apud magistratum petit a reo, ut det aut faciat, quod sibi deberi intendit. Reus apud magistratum iudicium suscipiendo de ea re, aperte declarat se hoc sentire, ac pene dicere, se paratum esse solvere, si condemnetur sententia iudicis: sed velle se etiam, si absolvatur, liberum discedere, nec amplius quicquam a se peti. Quod et ipsum actor in se admittit, cum iudicium suscipit: quoniam alterutrum semper venit in rem iudicatam, condemnatio vel absolutio . . .

[41] A. a. O. unter VII, col. 543 f.: . . . Cum autem tam aperte insit ista conventio in iudicio suscipiendo et lite contestanda, apparet quam recte Ulpianus scripserit in d. § idem scribit, iudicio contrahi. Recte contrahi non quasi contrahi. Contractum enim

§ 26. Fortsetzung (das 19. Jahrhundert).

Im Beginne des 19. Jahrhunderts steht das Erwachen des geschichtlichen Denkens im modernen Sinne. Auf Naturrecht und Rationalismus folgt die historische Schule und die Romantik. Die geschichtliche Veränderung wird als Entwicklung begriffen.

Verfehlt wäre es jedoch, wollte man sich den Übergang als ein Ereignis denken, das plötzlich in allen Punkten mit der naturrechtlichen Grundauffassung der vergangenen Jahrhunderte aufgeräumt hätte. Was plötzlich erschien, war nur das neue Prinzip, die neue Art des Denkens. Damit war aber der vorhandene gewaltige Stoff noch nicht neu durchgedacht. Es war nur die Aufgabe erkannt, die es nunmehr zu lösen galt. Diese Aufgabe ist noch heute bei weitem nicht völlig gelöst. Gerade je tiefer ein Problem liegt, um so häufiger findet man noch heute, daß es ganz und gar von naturrechtlichen, aufklärerischen Ideen aus behandelt wird[1]. Der Sauerteig des geschichtlichen Denkens hat noch nicht den ganzen Teig durchsäuert.

Es ist daher nur erklärlich, wenn auch die litis contestatio noch lange in naturrechtlichem Geiste behandelt wurde.

Zwar ist gerade für die litis contestatio durch die Wiederauffindung des Gaius (1816) ein reicher Quellenschatz zutage gefördert worden, so daß nun eine historische Bearbeitung der Frage mit ganz anderem Rüstzeug ans Werk gehen konnte, als dies in früheren Zeiten möglich gewesen war. Dennoch ist die hervorragende Arbeit von Keller, die als erste die römische litis contestatio nach den neuen Quellen darzustellen versuchte, nicht frei von starken naturrechtlichen Unterströmungen. So

esse oportet, si habet conventionem. Et ne dubitaremus Ulpianum hoc ipsum sentire, non etiam contrahendi verbo quasi contractum intelligere, ut fit aliquando . . . Constat autem stipulationem vere contractum esse, ut quae non perficiatur sine consensu et conventione. — Unter VIII folgt eine Polemik gegen Accursius (vgl. oben S. 195).

[1] Vgl. Rudolph Sohm, Weltliches und geistliches Recht, in der Festschrift für Binding, 1914.

spricht Keller[2] von der „natürlichen äußeren Bestimmung jedes Endurteils" oder von der „Idee der gerichtlichen Rechtsverfolgung", darum erscheint es ihm[3] als ein „sehr natürlicher Gedanke", daß die litis contestatio ein Quasikontrakt sei. Gerade die naturrechtlichen Elemente seines Denkens hindern Keller also an der Einsicht in die für das geschichtliche Verständnis der litis contestatio grundlegende Tatsache, daß dieses Institut ursprünglich ein echter Vertrag gewesen ist[4].

Zwar versucht sehr bald nach dem Erscheinen von Kellers Werk Mayer[5], die Vertragsnatur der altrömischen litis contestatio zu erweisen; auch erscheint bei Mayer bereits der Fiktionsgedanke, wenngleich in einer m. E. unzutreffenden Wendung[6]. Dennoch blieb die Lehre Kellers herrschend[7]. Erst bei Ihering bricht die geschichtliche Auffassung leuchtend durch, bezeichnenderweise begleitet von einem Angriff auf die naturrechtliche Denkweise[8].

---

[2] Litis Cont., S. 74 und 99.

[3] S. 129.

[4] Vgl. oben S. 1 ff. — Keller S. 127 f.: „Daß die L.C. ein wahrer Vertrag sey, ist gewiß die Meynung nicht, darauf deutet schon der Ausdruck der l. 22," Dig. 27, 3. — Man lese aber diese lex: Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. Der vom pupillus verklagte tutor bestellt sich einen defensor. Nur mit dem defensor kann folglich der pupillus die litis contestatio vollziehen. Es ist also nicht freier Wille (sponte) des pupillus, daß er gerade mit dem defensor (und nicht mit dem tutor selber) die litis contestatio vollzieht. Das Fragment verneint also nur den freien Willen des pupillus (neque gehört zu sponte), nicht aber die Kontraktsnatur der litis contestatio. Im Gegenteil! Es bezeichnet geradezu das litem contestari mit contrahere. Vgl. Bekker, Aktionen II, S. 181 Anm. 19.

[5] M. S. Mayer, Die Litis Contestatio geschichtlich dargestellt. Erste Abteilung (Stuttgart 1830), insbes. S. 26 ff.

[6] Bereits zur Zeit des Formularprozesses sei die litis contestatio nur ein fingierter Vertrag gewesen: Mayer S. 30.

[7] Wlassak, Litiskont., S. 5. — Weder Kellers noch Mayers gedenkt die kurze Skizze der altrömischen l. c. bei Albrecht S. 132 f., die zwar den Vertragsgedanken nicht direkt ausspricht, ihn aber sachlich vertritt.

[8] Geist I, S. 171: „Man hat die Vertragsnatur der Litiscontestatio bestritten und ihr die ‚Natur des Prozesses' entgegengestellt, aus der sich

Selbst Savigny, der Gründer der historischen Schule, gelangt in seiner ausführlichen Behandlung der litis contestatio[9] nicht zu einer rein historischen Auffassung des Problems. Von ganz abstrakten Erwägungen geht seine Darstellung aus. Und wenn Savigny[10] auch von der Möglichkeit spricht, daß „zwar ein bestimmter, auf der nachzuweisenden Entwicklung des römischen Rechts beruhender Begriff der Litiskontestation auch für uns vorhanden ist", und wenn er auch diese Entwicklung im römischen und im späteren Rechte zum Gegenstande seiner Darstellung macht, so kann er sich dennoch nicht dazu entschließen, das iudicio contrahi in Dig. 15, 1, 3, 11 (§ idem scribit) im Wortsinne zu nehmen. Auch ein Savigny erklärt, unter Polemik gegen Donellus[11], die litis contestatio für einen Quasikontrakt[12]. Und gerade hier tritt — wie bei Keller — noch ein naturrechtlicher Gedanke in die Erscheinung[13]: „Die hier angegebenen, sowie alle übrigen Folgen der Kontraktsnatur der L. C. sind jedoch nicht so zu denken, als ob diese Kontraktsnatur durch Zufall oder Willkür eingeführt worden wäre, und dann alle jene Folgen, die man vielleicht an sich als gleichgültig oder nachteilig ansehen möchte, auf dem Wege logischer Entwicklung nach sich gezogen hätte. Es verhielt sich damit gerade umgekehrt. Jene Folgen waren es, welche, als der Natur des Rechtsstreits angemessen, herbeigeführt werden sollten; für sie wurde die Kontraktsnatur der L. C. (ursprüng-

schon mit Notwendigkeit die Folgen der Litiscontestatio ergeben sollen, gleich als wenn die alten Römer die Natur des Prozesses mit unseren heutigen Augen angesehen hätten . . ."

[9] System VI, S. 1 ff.

[10] S. 6.

[11] Savigny a. a. O. S. 32 Note r. — Vgl. oben S. 228 f.

[12] Ebenda S. 33. — Savigny äußert sich hier allerdings nicht ganz entschieden. Die Polemik gegen Donellus zeigt aber, was Savigny meint. — S. 31 a. E. erklärt Savigny, mit der Auffassung, daß die litis contestatio ein Quasikontrakt sei, „einstimmen" zu können, und erklärt sie dann allerdings für einen „fingierten Vertrag". Ein Quasikontrakt ist aber nicht dasselbe wie ein fingierter Vertrag. Vgl. oben S. 204 bei Anm. 12 und 13.

[13] S. 34.

lich bei vielen Klagen durch eine wirkliche Stipulation) *aufgestellt, um dafür eine sichere und angemessene juristische Grundlage zu haben*". Gerade diese letzten Worte sind für den naturrechtlichen Zug dieser Gedanken bezeichnend. Sie scheinen vorauszusetzen, daß zu allen Zeiten die Menschen dieselben juristischen Ideen — wie *Savigny* gehabt hätten.

Kein Wunder also, wenn selbst bei *Briegleb*[14], dem eigentlichen Haupte der modernen Prozeßgeschichtsforschung, sich folgender Satz findet: „Litiskontestation ist hier, wie *überall in den Quellen aller Zeiten, nichts Anderes* als Eintritt der Parteien in das Rechtsstreitverhältnis, ‚Einlassung auf den Streit', ‚Kriegsbefestigung', also dasjenige Moment, in welchem sich der Wille der Parteien zu erkennen gibt, die auf Condemnation des Beklagten gerichtete Intention des Klägers . . . der richterlichen Entscheidung zu unterwerfen."

Dieselbe naturrechtliche Grundstimmung findet sich endlich in zwei systematischen Bearbeitungen des Prozesses:

„Dem *Grundgedanken* zufolge, auf welchem die litis contestatio oder die Streiteinlassung beruht, ist diese nichts anderes, als die *Offenbarung des Entschlusses der Parteien, es in ihrer Rechtsangelegenheit auf ein gerichtliches Streitverfahren und auf ein richterliches Urteil ankommen zu lassen*. Diesen *Grundbegriff* haben die gesetzlichen Quellen des gemeinen Prozeßrechts zu allen Zeiten festgehalten", so lehrt v. *Bayer*[15]; und selbst noch in der dritten Auflage von *Wetzells* System (1878) finden sich folgende abstrakte Sätze[16]: „Kein Rechtsstreit *kann* in seiner regelmäßigen Entwicklung ohne Klagbitte und Gegenbitte gedacht werden[17]. Beide zusammen bilden in ihrer

---

[14] Summ. Pr., S. 35.

[15] Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (unveränd. Abdruck der 8. Aufl. München 1858), S. 577 f. § 180.

[16] S. 117.

[17] Daß dieser Satz unzutreffend ist, braucht heute wohl kaum mehr näher ausgeführt zu werden. Er paßt weder auf den deutschen volksrechtlichen Prozeß in seiner ursprünglichen Gestalt, noch auf das ältere

Beziehung aufeinander die Grundlage jedes ordentlichen Verfahrens und sind von jeher mit dem Ausdruck litis contestatio, Kriegsbefestigung, bezeichnet worden." Was sich geändert hat, ist für Wetzell nicht das Wesen, sondern nur die Form: „Allerdings aber hat die Form dieses zweiseitigen Aktes im Lauf der Zeit vielfach gewechselt."

Wetzell steht also in der Grundfrage ungefähr noch auf demselben Standpunkte wie Donellus[18] und Ramus[19].

§ 27. Ergebnis.

Trotz aller Erkenntnis einer geschichtlichen Veränderung[1], ja trotz des Emporkommens der historischen Schule[2], blieb die litis contestatio auch in der Neuzeit im wesentlichen — wenn auch die feierliche Form[3] sich verlor — gleichen Wesens mit der mittelalterlichen litis contestatio: ein äußerer, in Klage und Antwort, oder nur in der Antwort sich vollziehender Vorgang[4], den die Theorie als Quasikontrakt auffaßte[5]; die Erklärung der Streitabsicht[6].

Also trotz allen Strebens des Mittelalters nach der wahren litis contestatio[7], ja selbst trotz der noch im 19. Jahrhundert verbreiteten Ansicht, daß man wenigstens die justinianische litis

---

römische Recht: vgl. Wlassak, Art. Actio bei Pauly-Wissowa unter III: „Das alte wie das klassische Recht der Römer kennt keinen der heutigen ‚Klage' entsprechenden Prozeßakt." Die „Klage" (man denke an den ursprünglichen Sinn dieses Wortes!) entwickelt sich erst mit dem Aufkommen des Amtsrechts im römischen wie im deutschen Prozeß.

[18] Vgl. oben S. 219 ff.

[19] Oben S. 227 f.

[1] Oben S. 216 ff.

[2] S. 230 ff.

[3] S. 193.

[4] S. 208 ff., 223 ff.

[5] Oben S. 196 ff. und S. 226 ff.

[6] Oben S. 215 und S. 233 f. Dazu Bayer a. a. O. S. 587: Die litis contestatio ist „auch jetzt noch, was sie von jeher war — nämlich die gerichtliche Erklärung des Beklagten, es in der Hauptsache auf einen Rechtsstreit ankommen lassen zu wollen".

[7] Oben S. 172 und 194.

contestatio habe[8], — kein Erreichen des ersehnten Zieles. Das Wesentliche: der spätrömische Fiktionsgedanke erlebt keine Wiedergeburt[9]. Nur mit der versteinerten justinianischen litis contestatio[10] läßt sich die litis contestatio des zweiten Jahrtausends vergleichen.

Die litis contestatio des zweiten Jahrtausends wurde geboren aus der Sehnsucht nach dem wahren, in den römischen Quellen offenbarten Prozeßrechte[11]. Das, was man in diesen Quellen fand, erweckte man, so wie man es verstand, zu neuem Leben. Der unbedingte Glaube an die Quellen schuf die neue litis contestatio.

Und nun bedenke man, daß erst etwa im Ausgange des fünften Jahrhunderts der Zeitpunkt der (nachklassischen) litis contestatio vom Augenblick der Klagzustellung in die mündliche Verhandlung verlegt ward[12]. Würde nicht sicher, wenn diese Änderung nicht eingetreten wäre, in der ganzen Zeit von der Expositio bis auf Wetzell (800 Jahre!) die Zustellung der Klagschrift mit derselben Kraft der Überzeugung für die einzig wahre litis contestatio erklärt worden sein, wie es nunmehr mit narratio und contradictio geschah?

Diese Feststellung mag seltsame Gefühle erwecken. Sie ist aber notwendig zur Erkenntnis des Wesens der litis contestatio des zweiten Jahrtausends. Scharf beleuchtet zeigt sich ihre Abhängigkeit vom klassischen Ideal.

---

[8] Oben S. 233 f.

[9] Der Fiktionsgedanke bei Mayer und Savigny (vgl. oben S. 231 f. Anm. 6 und 12) ist nicht gleich dem spätrömischen: oben S. 5 ff.

[10] Vgl. oben S. 125, 184 a. E., 204 oben, 223 bei Anm. 3.

[11] Oben S. 172 und 194.

[12] Oben S. 90 ff., insbes. 104 ff.

Schluß.

§ 28.

Der Untergang des klassischen Ideals auf allen Gebieten des Geisteslebens ist das große, in seinen Wirkungen noch heute kaum übersehbare Ereignis des 19. Jahrhunderts: die, gleichviel ob zu beklagende oder zu begrüßende, Frucht der historischen Schule. Die heiligen Bücher[1] sind geschichtliche Quellen geworden.

Mit dem klassischen Ideal mußte die von diesem Ideal abhängige[2] litis contestatio verschwinden. Und so ist es geschehen.

Vorbereitet wurde dieser abermalige Untergang der litis contestatio durch die Entwicklung der Praxis und der Gesetzgebung. In Frankreich trat schon im 16. Jahrhundert an die Stelle der litis contestatio[3] die contestation en cause, ein nach völliger Beendigung der Parteivorträge ergehendes prozeßleitendes Interlokut des Richters[4]; und auch dieses verlor mehr und mehr an Bedeutung zugunsten des ajournement, der demande en justice, der Ladung. Abgeschlossen liegt die Entwicklung in der napoleonischen Gesetzgebung vor: die contestation en cause wird im Code de procédure civile gar nicht erwähnt[5]. Ihre Erbschaft ist in der Hauptsache von der demande en justice angetreten, und die an

---

[1] Vgl. oben S. 215, § 23.

[2] Vgl. oben § 27 a. E.

[3] Diese hatte man im Mittelalter auch als entamement de plet bezeichnet: Tardif S. 292; Schmidt, Klagänderung, S. 124 Anm. 1. Vgl. Brunner, Forschungen (Stuttgart 1894), S. 312.

[4] Tardif S. 308 f.

[5] Tardif S. 311 ff., insbes. S. 317.

der Stelle der ehemaligen litis contestatio stehende mise en état[6] hat nur bescheidene Wirkungen aufzuweisen[7].

Ebenso setzte sich in Deutschland nach dem Zeugnis von Savigny[8] die Praxis durch, daß die wichtigsten Folgen der litis contestatio bereits an die Insinuation der Klage geknüpft wurden, eine Praxis, die von Savigny[9] entschieden gebilligt wird. Überdies verschwinden die Worte litis contestatio und Kriegsbefestigung aus den Gesetzen: Schon die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (1793)[10] enthält keinen der beiden Ausdrücke[11]. Ebenso sucht man in der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich und in der österreichischen Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 vergebens nach diesen Worten. Auch diese beiden Gesetze folgen dem Zuge der Zeit und lassen bereits mit der Zustellung der Klagschrift die Rechtshängigkeit eintreten[12].

Unbestreitbar besteht ein geschichtlicher Zusammenhang[13] zwischen der litis contestatio des gemeinen Rechts einerseits und der reichsdeutschen Einlassung[14] sowie der österreichischen „Ersten Tagsatzung"[15] andrerseits. Für das Empfinden der Gegenwart aber ist dieser Zusammenhang durchschnitten. Niemand wird, mag auch noch gelegentlich das Wort „Litiskontestation" gebraucht werden[16], auf den Gedanken kommen, römischrechtliche Vorschriften in diesem Zusammenhange anwenden zu wollen. Unsere Wissenschaft versucht, den modernen Prozeß aus den Bedürfnissen der Gegenwart heraus zu erfassen. Das klassische Ideal ist untergegangen.

---

[6] Entspricht unserer Einlassung.

[7] Tardif S. 318 ff.

[8] System VI, S. 243 f., 250.

[9] A. a. O. S. 247 ff.

[10] Vgl. Schmidt, Lehrbuch, S. 96.

[11] Vgl. 1. Teil, 9. Titel: Von Aufnehmung der Antwort auf die Klage . . . — Vgl. dagegen noch oben S. 213 f. Anm. 22.

[12] Deutsche ZPO. § 263, verb. mit § 253, und § 498, österreichische ZPO. § 232.

[13] Vgl. Wach, Handbuch, S. 30 unter e.

[14] ZPO. § 271.

[15] ZPO. § 239.

[16] Vgl. Wach a. a. O.; Schmidt, Lehrbuch, S. 394 f.

Ein Institut des geltenden Rechts ist die litis contestatio nur noch für die katholische und für die anglikanische Kirche. Noch heute kennt der kanonische Prozeß die litis contestatio [17] als „die bestimmte, klare und definitive Fixierung oder auch Individualisierung der Streitsache seitens der Streitparteien vor dem Richter" [18]. Ebenso lebt in dem Zweige des kanonischen Prozesses, der sich in der Kirche von England erhalten hat, die litis contestatio noch in der Gegenwart [19].

Für den modernen Staat aber ist die litis contestatio zu einem geschichtlichen Begriffe geworden.

---

[17] Auf diese Tatsache hat mich mein Vater aufmerksam gemacht.

[18] Vgl. Heiner, Der kirchliche Zivilprozeß. Nach geltendem Rechte praktisch dargestellt (Köln 1910), S. 75. — Wie die litis contestatio, so hat der kanonische Prozeß bis zum heutigen Tage auch Verfahrensgrundsätze beibehalten, „die für das moderne Prozeßrecht überwundene Größen sind", nämlich Schriftlichkeit und Mittelbarkeit, feste Terminfolge, die Zäsur zwischen Beweis- und Urteilsverfahren, das Artikulationsverfahren: Ruck, Die Organisation der römischen Kurie (Tübingen 1913), S. 54.

[19] Sir Robert Phillimore, The ecclesiastical law of the church of England, second ed., vol. II (London 1895), S. 961: The plaintiff, or his proctor who brings in the libel, prays that a day may be assigned for the defendant's or his proctor's answer to it, and on such day assigned, the plaintiff or his proctor, in presence of the defendant or his proctor, requests the answer, the giving of which creates the litis contestatio, which common lawyers call the issue. Vgl. ferner Halsbury, The laws of England, vol. XI (London 1910), S. 518 Note o: The answer to a libel in a civil suit creates the litis contestatio.